Die Fusion im Sinne des § 306 HGB.

und ihre Wirkungen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Hafner

aus Niedernhall OA. Künzelsau in Württemberg

Referendar in Stuttgart.

Approbiert am 28. November 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling

Meinen Pflegeeltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Gesetzliche Merkmale der Fusion.

§ 2. I. Übersicht 3
§ 3. II. 1. Übertragung des gesamten Vermögens 4
§ 4. 2. Übertragung an eine andere Aktiengesellschaft 6
§ 5. 3. Übertragung gegen Gewährung von Aktien 13

B. Der Gang der Fusion.

§ 6. I. Allgemeines 16
§ 7. II. 1. Der Fusionsvertrag 17
§ 8. 2. Die Generalversammlungsbeschlüsse der übertragenden Gesellschaft 21
§ 9. 3. Die Kapitalserhöhung 27
§ 10. 4. Die Perfektion der Fusion 29

C. Die Wirkung der Fusion.

§ 11. I. Grundsätzliches 31
§ 12. II. 1. Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte 35
§ 13. 2. Dingliche Rechte 38
3. Obligatorische Rechte.
§ 14. a) Allgemeines 47
§ 15. b) Einzelne Schuldverhältnisse 51
§ 16. III. Gläubigerschutzvorschriften, insbesondere Schuldenhaftung . 60
§ 17. IV. Konkurs. Prozessuales 67
§ 18. Schluß 71

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0033

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kommentar zum Urheberrechts- und Verlagsgesetz.
Annalen des Deutschen Reichs, herausgegeben von Hirth. 1901.
Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 9, 22, 26.
Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 89.
Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts. Bd. 6.
Badische Rechtspraxis. Bd. 70.
Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft. Leipzig 1904.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot, Rassow, Küntzel. Bd. 29, 45.
Blätter für Patent-, Muster- und Zeichenrecht. Bd. 8.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Denkschrift zum Entwurf einer Grundbuchordnung. Berlin, Heymann, 1897.
Deutsche Juristenzeitung. Bd. 3 u. 4.
Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts. 1881.
Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichts.
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung nebst Begründung. 1872.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. Amtliche Ausgabe. 1896.
Finger, Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. 2. Aufl. Berlin 1906.
Fuchs-Arnheim, Das Grundbuchrecht. 1899, 1902.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. 1905.
Grünhut, Lehrbuch des Wechselrechts.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. (zit.: Hellwig, C.)
Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft. (zit.: Hellwig, R.)
Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Bd. 3, 9, 10, 12–14.

Einleitung.

§ 1.

Das moderne Wirtschaftsleben wird beherrscht von dem Gedanken der Koalition. Kartelle und Interessengemeinschaften treten ins Leben, die bei rechtlicher Selbständigkeit ihrer Mitglieder deren gemeinsame Interessen nach außen und innen vertreten, und andererseits sehen wir, wie frühere Konkurrenzfirmen unter Aufgabe ihrer rechtlichen Selbständigkeit ihre Betriebe vereinigen. Handelt es sich dabei um Betriebe mit der wichtigsten rechtlichen Gestaltung der Gegenwart, um Aktiengesellschaften, so geschieht eine derartige Vereinigung in der Regel auf dem Wege der Fusion, wie sie im Handelsgesetzbuch §§ 305 u. 306 geregelt ist. Diese Fusion, und zwar die Fusion ohne vorhergehende Liquidation im Sinne des § 306 HGB., wie sie im früheren Aktienrecht allein rechtlich geregelt war[1]) und in der Praxis meist vorkommt,[2]) soll im folgenden zum Gegenstand einer Untersuchung gemacht werden. Einzelne Fragen dieses Gebiets wurden schon früher behandelt von Zimmermann (in Buschs Arch. für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts Bd. 6 S. 225 ff.), Wiener (in Zeitschr. f. HR. Bd. 27 S. 333 ff.) und Lehmann (in derselben Zeitschr. Bd. 50 S. 1 ff.). Eine gesamte Darstellung des Rechts der Fusion gibt eine Erlanger Dissertation vom Jahre 1896: Hans Küfner, Fusion einer Aktiengesellschaft. Da Küfner jedoch unsere Frage noch während der Geltung des alten Handelsgesetzbuchs behandelt hat und das neue Recht die Frage teilweise anders regelt als

---

[1]) Art. 215 Abs. 4, 247 a. HGB.

[2]) Nach den Vierteljahrsheften zur Statistik des Deutschen Reiches 1908 Heft 2 S. 244 betrug im Jahre 1907 die Zahl der Fusionen 24; dabei wurde nur in 3 Fällen liquidiert.

jenes, und da er insbesondere die Frage nach den rechtlichen Wirkungen der Fusion verhältnismäßig kurz behandelt, so rechtfertigt sich eine erneute Darstellung. Nachdem diese Arbeit größtenteils beendet war, erschien in Holdheims Monatsschr. f. HR. u. Bankw. 1909 Heft 3 die Abhandlung von Ziegler über dasselbe Thema, die im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkt steht.

A. Die gesetzlichen Merkmale der Fusion.

I.

§ 2.

Übersicht.

Nach § 305 HGB. ist unter Fusion[1]) zu verstehen die Übertragung des Vermögens einer dadurch untergehenden Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Für die Ausführung der Fusion läßt das Gesetz zwei Wege offen:

Die untergehende Gesellschaft kann liquidieren und das ihr verbleibende Restvermögen an die andere Gesellschaft übertragen; oder aber das Vermögen der untergehenden Gesellschaft wird ohne Liquidation mit Aktivis und Passivis an die andere Gesellschaft übertragen. Diese Art der Fusion, die eigentliche Fusion, bildet, wie oben gezeigt, im Geschäftsleben die Regel und stellt sich als ein durchaus eigenartiges Rechtsgeschäft dar; sie allein soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Für diese Fusion ergeben sich auf Grund des Gesetzes folgende drei Merkmale:

1. Es muß sich handeln um Übertragung des Gesamtvermögens ohne Liquidation seitens einer dadurch untergehenden Aktiengesellschaft.
2. Die Übertragung muß erfolgen an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, und zwar, wie später auszuführen sein wird, an eine inländische Gesellschaft.

---

[1]) Lehmann (AG. Bd. 2 S. 524) nennt sie treffend Inkorporierung (Einverleibung).

3. Die Übertragung muß erfolgen gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft.

Maßgebend für diese Gestaltung der Fusion und für die ganze rechtliche Regelung dieser Frage waren drei Gesichtspunkte:

1. Schutz der Mitglieder der aufzunehmenden Gesellschaft.
2. Schutz der Gläubiger der aufzunehmenden Gesellschaft.
3. Möglichste Vereinfachung des ganzen Vorganges.[1])

Diese drei Gesichtspunkte sind von wesentlicher Bedeutung für die Lösung der verschiedenen in Betracht kommenden Streitfragen.

Zunächst soll nun an der Hand der oben aufgezählten Merkmale der Fusion diese von anderen geschäftlichen Transaktionen ähnlicher Art abgegrenzt und dabei zugleich diese Merkmale näher erläutert werden.

II.

§ 3.

1. Übertragung des Gesamtvermögens.

Als erstes Merkmal der Fusion bezeichnen wir: Übertragung des Gesamtvermögens einer dadurch untergehenden Aktiengesellschaft, wobei Unterbleiben der Liquidation vereinbart ist. Damit ist zunächst ausgedrückt, daß es sich nicht nur handelt um Übertragung der Aktiva, sondern daß Aktiva und Passiva[2]) auf die übernehmende Gesellschaft übergehen müssen. Notwendig ist ferner, daß das Unterbleiben der Liquidation vereinbart ist und daß das ganze Vermögen uno actu übertragen wird. Das Gesetz denkt dabei zunächst nur an den Fall, daß beide Gesellschaften zur Zeit der Fusion noch ihren vollen rechtlichen Bestand haben, also keine sich schon sowieso im Zustand der Liquidation befindet. Doch kann nach der herrschenden Meinung[3])

---

[1]) Lehmann, AG. Bd. 2 S. 527.

[2]) Ziegler S. 60 betont ausdrücklich, daß der Ausschluß einzelner Aktiva oder Passiva von dem Gesamtvermögen unzulässig ist.

[3]) Staub Anm. 1; Lehmann-Ring Anm. 1; Makower IIb zu § 306; Ziegler S. 59.

auch in letzterem Fall noch eine eigentliche Fusion eintreten, indem einfach vereinbart wird, daß die weitere Liquidation unterbleiben soll; ein Modus der Fusion, der rechtlich durchaus zulässig und auch wirtschaftlich unbedenklich erscheint. Weiterhin ist vom Gesetz verlangt, daß die übertragende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist. Da jedoch nach § 320 Abs. 3 HGB. die Vorschriften über Aktiengesellschaften auch auf Aktienkommanditgesellschaften Anwendung finden, so folgt daraus, daß die übertragende Gesellschaft auch eine Aktienkommanditgesellschaft sein kann. Endlich ist wesentlich Übertragung seitens einer dadurch untergehenden Gesellschaft. Es kommen also nicht in Betracht die sämtlichen der Fusion verwandten Transaktionen, bei denen eine Vermögensübertragung überhaupt nicht stattfindet, oder bei denen trotz wirtschaftlicher Vereinigung die Gesellschaften in ihrem rechtlichen Bestand nicht beeinträchtigt werden,[1]) wenngleich dabei häufig die eine Gesellschaft in völlige wirtschaftliche Abhängigkeit von der anderen gerät. Es fallen somit für unsere Betrachtung weg die sämtlichen Kartellabmachungen; es fallen die sogen. Interessengemeinschaften weg, weiterhin die sämtlichen Fälle, in denen das eine Unternehmen von dem andern, sei es gegen eine feste Summe, sei es gegen Gewinnbeteiligung gepachtet oder sonstwie dessen Betrieb übernommen wird.[2]) Endlich aber liegt eine Fusion auch dann nicht vor, wenn eine Aktiengesellschaft die sämtlichen Aktien einer anderen Aktiengesellschaft in ihrer Hand vereinigt, da, wie die herrschende Meinung mit Recht betont, letztere trotz dieser Vereinigung ihre rechtliche Selbständigkeit behält und nicht untergeht.[3]) Aber auch wenn man mit den Gegnern annehmen würde, daß eine Aktiengesellschaft, deren sämtliche Aktien in einer Hand vereinigt sind, untergeht, so läge eine Fusion trotzdem nicht vor, da es an einer Übertragung des

---

[1]) OLGR. Bd. 10 S. 240 ff.

[2]) Bolze Bd. 6 S. 644.

[3]) RG. in JurW. 1897 Nr. 21 und Seufferts Arch. 3. Folge Bd. 5 S. 411, Entsch. Bd. 62 S. 72 ff.; Staub Anm. 18 zu § 292 und die dort Zitierten; Lehmann, AG. Bd. 2 S. 512; and. A. Lehmann-Ring Nr. 6 zu § 292 und die dort Zitierten.

Vermögens fehlen würde, wenngleich eine entsprechende Anwendung des § 306 HGB. mit Rücksicht auf die Gleichheit der Situation wohl zu befürworten wäre. Wie sich die Sache gestaltet, wenn nun die einzige Aktionärin beschließt, sich mit der anderen Aktiengesellschaft, deren sämtliche Aktien sie in der Hand hat, zu fusionieren, darüber ist später zu reden.

§ 4.

2. Übertragung an eine andere Aktiengesellschaft.

I. Das zweite wesentliche Merkmal der Fusion ist, daß die Vermögensübertragung an eine andere inländische Aktiengesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft erfolgen muß. Die Beschränkung der Fusion auf den Fall, daß die aufnehmende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, die schon durch die Bestimmung, daß die Abfindung der Aktionäre der untergehenden Gesellschaft in Aktien der aufnehmenden Gesellschaft zu erfolgen hat, legislatorisch begründet ist, war schon im alten deutschen Handelsgesetzbuch rechtens (Art. 215 u. 247) und wurde auch durch die Novellen von 1870 und 1884 nicht geändert; erst das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 brachte die Erweiterung, daß die aufnehmende Gesellschaft auch eine Aktienkommanditgesellschaft sein kann. Eine analoge Ausdehnung der Vorschriften des § 306 HGB. auf Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit Gesellschaften anderer Art, z. B. G. m. b. H., offene Handelsgesellschaft,[1]) ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zulässig. In den letzteren Fällen finden nicht die §§ 305 u. 306 HGB., sondern § 303 Anwendung, und nur im Fall der Übertragung an das Reich, einen Bundesstaat oder inländischen Kommunalverband gelten die besonderen Vorschriften des § 304 HGB.

II. Weiterhin finden die Fusionsvorschriften des Handelsgesetzbuchs keine Anwendung bei Übertragung des Gesamtvermögens an eine ausländische Gesellschaft. Dies folgt daraus, daß das Handelsgesetzbuch für den Fall der Fusion auch für

---

[1]) Dafür Hergenhahn im Arch. f. bürg. R. Bd. 9 S. 50 u. 51. Dagegen Staub Anm. 5 zu § 305; Pinner II, 1a zu § 305; Lehmann, HR. S. 448 Anm. 2; Küfner S. 9; OLG. München in OLGR. Bd. 14 S. 358.

die aufnehmende Gesellschaft bestimmte Vorschriften trifft (insbesondere §§ 305 Abs. 1 und 306 Abs. 6) und daß diese Vorschriften natürlich nur für die dem inländischen Gesetz unterworfenen Gesellschaften Geltung haben können. Ausländische Gesellschaften können also das Vermögen einer inländischen Gesellschaft nur nach § 303 HGB. erwerben.[1]) Bestätigt wird diese Ansicht durch den § 304 HGB., der besondere Vorschriften auch nur für den Fall trifft, daß die Vermögensübertragung an einen inländischen Staat oder Kommunalverband erfolgt.

III. Nicht die Vorschriften der Fusion, sondern die des § 303 HGB. greifen ferner Platz, wenn es sich handelt nicht um Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft an eine andere, sondern lediglich um die Umwandlung der rechtlichen Form einer Gesellschaft, z. B. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine eingetragene Genossenschaft.[2]) Besondere Vorschriften in dieser Richtung sind getroffen für den Fall der Umwandlung einer Aktienkommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft (§§ 332—334 HGB.) und für den Fall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 80 ff. d. Ges. betr. die G. m. b. H.).

IV. Sehr bestritten ist die Frage, ob die aufnehmende Gesellschaft zur Zeit der Fusion schon bestehen muß, oder ob auch dann, wenn eine erst entstehende Gesellschaft eine bezw. mehrere andere in sich aufnimmt, die Vorschriften des § 306 HGB. Anwendung finden können.[3]) In dieser Richtung wurde schon für das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch ausgeführt,[4]) daß jedenfalls der Wortlaut der Bestimmungen des Art. 247 auf diesen letzteren Fall nicht zutreffe und daß es sich nur um eine analoge

---

[1]) KGJ. Bd. 21 S. 296; OLGR. Bd. 14 S. 358; Staub Anm. 1; Lehmann-Ring Nr. 2; Makower Ie zu § 305; Ziegler S. 59.

[2]) Darüber Staub Anm. 3 zu § 303 und die dort zit. Entsch. d. RG.

[3]) vgl. über diese Frage Zimmermann a. a. O. S. 225; Wiener a. a. O. S. 370 Anm. 37; Keyßner in ZHR. Bd. 24 S. 603; Ring Anm. 1 zu § 247; Lehmann, AG. Bd. 2 S. 528 Anm. 2, S. 534 Anm. 4; derselbe in HR. S. 448 Anm. 2; Staub Anm. 3 zu § 307; Makower Ie zu § 305; Pinner II, 1b zu § 305; Lehmann-Ring Anm. 1 zu § 306; Küfner § 5; Ziegler S. 58.

[4]) Wiener a. a. O.; Ring a. a. O.

Anwendung dieser Bestimmungen handeln könne. Das gleiche gilt für das neue Handelsgesetzbuch, wie schon daraus hervorgeht, daß in § 305 Bestimmungen für die Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft gegeben sind; erhöhen aber kann eine Gesellschaft ihr Grundkapital nur dann, wenn sie schon besteht.

Was nun die Fälle selbst anlangt, um deren analoge Behandlung es sich handelt, so ist zunächst mit Ring davon auszugehen, daß für den Fall, daß eine eigens hierzu neu gegründete Aktiengesellschaft eine oder mehrere andere Aktiengesellschaften in sich aufnimmt, nicht eine analoge, sondern eine direkte Anwendung der Fusionsvorschriften in Frage kommt. Unter den übrigen Fällen wäre nun zunächst rein formell zu scheiden zwischen dem Fall, daß eine in der Gründung begriffene Aktiengesellschaft mit einer nicht an der Gründung beteiligten Aktiengesellschaft einen Fusionsvertrag im Sinne des § 306 HGB. schließt, und dem Fall, daß die aufzulösende Gesellschaft sich selbst an der Gründung beteiligt, ein Unterschied, den das Gesetz in § 186 Abs. 2 ebenfalls macht, indem es zwischen „Übernahme“ und „Sacheinlage“ unterscheidet. Diese Scheidung ist nun aber mit Rücksicht auf § 187 HGB. unnötig, da nach dieser Vorschrift die aufzulösende Gesellschaft unter allen Umständen als Gründerin zu behandeln ist; es fallen also diese beiden formell verschiedenen Fälle in ihrer rechtlichen Behandlung in einen zusammen.

Im Anschluß an diesen Fall erhebt sich nun weiter die Frage:

Wenn man es für zulässig erachtet, daß eine Aktiengesellschaft sich an der Gründung einer neuen Aktiengesellschaft beteiligt und ihr ganzes Vermögen gemäß § 306 HGB. in die neue Gesellschaft einbringt, ist es dann für zulässig zu erachten, daß als Gründer überhaupt nur Aktiengesellschaften auftreten und daß diese sämtlich ihr Vermögen gemäß § 306 HGB. in die neue Gesellschaft einbringen? Gibt man aber dieses zu, so müßte man konsequenterweise noch einen Schritt weitergehen und es für zulässig erachten, daß statt der gesetzlich vorgeschriebenen fünf (§ 182 HGB.) auch zwei Aktiengesellschaften eine neue

Gesellschaft gründen, in die sie beide ihr Vermögen gemäß § 306 HGB. einbringen, wobei immer noch diese Verschmelzung auf einer eigentlichen Gründung bezw. einem Vertrag zwischen der in der Entstehung begriffenen neuen Gesellschaft einerseits und den beiden sich auflösenden Aktiengesellschaften andererseits beruht; es bedarf eines weiteren Schrittes, um diese Verschmelzung lediglich auf Grund eines Vertrags zwischen den beiden sich auflösenden Gesellschaften ohne Beobachtung der Gründungsvorschriften für zulässig zu erachten. Für das alte Handelsgesetzbuch wurden die beiden letzteren Ansichten teilweise ohne klare Scheidung der Fälle vertreten. Während Wiener a. a. O. beide Fälle nicht weiter unterscheidet, scheint Renaud[1]) nur den ersten Fall im Auge zu haben, während andererseits Küfner sich entschieden für den zuletzt angeführten Standpunkt ausspricht,[2]) was eine ebenso entschiedene Bekämpfung durch Esser[3]) findet.

Um nun wieder zu unserem Ausgangspunkt zurückzukehren, so ist die Beantwortung der Frage: kann eine Aktiengesellschaft als Mitgründerin einer neuen Aktiengesellschaft ihr gesamtes Vermögen ohne Liquidation gemäß § 306 HGB. in diese neue Aktiengesellschaft einbringen, abhängig von der Erledigung der Vorfrage, ob eine Aktiengesellschaft oder — allgemeiner — eine juristische Person überhaupt als Gründerin bei der Neugründung einer Aktiengesellschaft auftreten könne. Nachdem Wissenschaft und Praxis sich ziemlich allgemein für die Bejahung dieser Frage ausgesprochen haben,[4]) haben wir durchaus keinen Grund, dieser gerechtfertigten Ansicht entgegenzutreten. Was nun das Problem selbst anlangt, so ist zunächst nicht zu verkennen, daß sich gegen eine Einbringung des Gesamtvermögens einer Aktiengesellschaft in eine neu zu gründende andere Aktiengesellschaft auf Grund des § 306 HGB. eine Reihe Bedenken erheben:

Zunächst ist, wie schon oben ausgeführt, sicher, daß der

---

[1]) S. 724.

[2]) S. 17.

[3]) Bei Holdheim Bd. 3 S. 430.

[4]) z. B. Staub Anm. 5 zu § 182; KG. in OLGR. Bd. 3 S. 260 für den Fall der G. m. b. H.

Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen auf diesen Fall nicht zutrifft. Auch hat sich, soweit ersichtlich, für eine analoge Anwendung der Gesetzesbestimmungen auf diesen Fall ein dringendes praktisches Bedürfnis bis jetzt noch nicht ergeben; dies um so weniger, als sich wirtschaftlich derselbe Effekt erreichen läßt, indem sich die sämtlichen Aktionäre der Aktiengesellschaft an der Neugründung beteiligen und ihren gesamten Aktienbesitz einlegen;[1]) dabei bleibt die Aktiengesellschaft bestehen und damit fallen auch die aus ihrer Auflösung sich ergebenden tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten weg. Daß sich zweifellos derartige Schwierigkeiten ergeben, ist ein weiteres Moment, das gegen die Zulässigkeit der analogen Gesetzesanwendung spricht; so könnten sich z. B. wesentliche Schwierigkeiten dann ergeben, wenn der Auflösungsbeschluß der sich auflösenden Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen und dadurch gemäß §§ 306, 304 Abs. 4 diese Gesellschaft aufgelöst wird, ehe die Errichtung der neuen Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen und damit gemäß § 200 HGB. wirksam wird; allein hierbei ist zu beachten, daß Schwierigkeiten, die sich bei der Durchführung eines rechtlichen Instituts ergeben, nicht ohne weiteres gegen die Zulässigkeit dieses Instituts überhaupt sprechen. Das Hauptbedenken gegen eine analoge Anwendung der Gesetzesvorschriften auf unseren Fall scheint mir folgendes zu sein:

Bei analoger Anwendung des § 306 HGB. ist gemäß Abs. 2, 4, 5 dieses Paragraphen das Vermögen der sich auflösenden Aktiengesellschaft während eines Jahres getrennt zu verwalten und gilt zugunsten der Gläubiger dieser Gesellschaft noch als Vermögen dieser aufgelösten Gesellschaft. Dadurch nimmt die neu zu gründende Gesellschaft Vermögensbestandteile — und zwar in der Regel ziemlich wesentliche — in sich auf, die zwar formell und buchmäßig zu ihrem Grundkapital gehören, tatsächlich aber in erster Linie fremden Gläubigern haften; dies könnte zu einer Schädigung der Gläubiger wie auch der Aktionäre der neu zu gründenden Gesellschaft führen. Aber schließlich liegt der Fall kaum anders als etwa der, daß von einem Gründer

[1]) Dagegen ohne Begründung Pinner II, 1b zu § 305.

eine Sacheinlage in Form eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks gemacht wird, und es wird niemandem einfallen, eine derartige Einlage für rechtlich unzulässig zu erklären. Außerdem sind ja Gläubiger und Aktionäre der neu zu gründenden Gesellschaft durch die Schutzvorschriften der §§ 186 Abs. 2, 187, 191, 192, 193, 195 Abs. 2 Nr. 2, 313 hinreichend geschützt.

Für die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 306 könnte vielleicht folgende Erwägung sprechen: Es ist anerkannt, daß ein Einzelkaufmann als Gründer sein gesamtes Handlungsvermögen mit Aktivis und Passivis als Einlage in eine zu gründende Aktiengesellschaft einbringt.[1]) Dabei findet auch keine Liquidation statt, und es ist somit nicht einzusehen, weshalb das gleiche Recht nicht auch einer Aktiengesellschaft zustehen sollte. Allein in dem erstgenannten Falle stellt sich doch die neu zu gründende Aktiengesellschaft bezw. deren Gläubiger und Aktionäre wesentlich besser als in unserem Fall, da in jenem Fall die getrennte Vermögensverwaltung des § 306 und das damit verbundene Vorrecht der Gläubiger des übernommenen Vermögens gegenüber den Gläubigern der neuen Gesellschaft wegfällt.

Nach alledem ist meines Erachtens mit Rücksicht darauf, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes unser Fall durch die §§ 305, 306 HGB. nicht getroffen werden soll, daß einer analogen Anwendung dieser Paragraphen mancherlei Bedenken entgegenstehen und daß insbesondere ein dringendes praktisches Bedürfnis nicht vorhanden erscheint, die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an der Neugründung einer Aktiengesellschaft in der Weise, daß die Aktiengesellschaft sich auflöst und ihr gesamtes Vermögen gemäß § 306 HGB. ohne Liquidation in die neu zu gründende Gesellschaft einbringt, für unzulässig zu erklären.[2])

Jedenfalls wäre unter keinen Umständen zuzugeben, daß eine neue Aktiengesellschaft durch Vertrag zweier sich auf-

---

[1]) Entsch. d. RG. v. 21. 6. 1889 im Preuß. JustizminBl. 1889 S. 270; auch Rehm im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 119 geht davon aus.

[2]) Ebenso Lehmann, AG. Bd. 2 S. 534 Anm. 4 und Ziegler S. 58; and. A. Staub Anm. 3 zu § 307; Makower Ic zu § 305.

lösenden Aktiengesellschaften, die ihr gesamtes Vermögen gemäß § 306 HGB. in die neue Gesellschaft einwerfen, ins Leben gerufen werden könnte. Dafür spricht sich für das alte Handelsgesetzbuch Küfner[1]) aus. Er ist der Ansicht, daß die eingehenden Gründungsvorschriften des Gesetzes eben nur für einen bestimmten Fall gegeben seien, daß dadurch aber die Schaffung einer Aktiengesellschaft auf anderem Wege nicht ausgeschlossen sein soll. Notwendig für die Lebensfähigkeit einer Aktiengesellschaft sei immer nur ein dem Gesetz entsprechendes Statut und Grundkapital; „wie diese beiden hergestellt wurden, komme nicht weiter in Betracht, wenn sie nur vorhanden seien".[2]) Eine derartige Transaktion ist nach Küfner in erster Linie nicht eine Neugründung, sondern eine Statutenänderung auf seiten der sich auflösenden Gesellschaften. Küfner hält nun aber diesen Standpunkt im folgenden nicht fest; er ist sich der Bedenklichkeit seines Standpunkts wohl bewußt und erörtert im weiteren Verlauf seiner Ausführungen die Frage, inwieweit die Gründungsvorschriften auf diese von ihm in erster Linie als Statutenänderung bezeichnete Transaktion anzuwenden seien; diese Frage wird für einzelne Vorschriften bejaht, für andere verneint; m. a. W. Küfner konstruiert hier eine zweite Art der Gründung, auf die er, je nachdem es ihm passend erscheint, die gesetzlichen Gründungsvorschriften teils anwenden will, teils nicht. Daß er mit einem derartigen rein willkürlichen Aufbau nicht auf dem Boden des Gesetzes steht, ist ohne weiteres ersichtlich. Es müßte zur Rechtfertigung seines Standpunktes sich im Gesetz doch irgendeine Andeutung dahingehend finden, daß auch andere Gründungsarten als die gesetzlich vorgeschriebene denkbar seien und vom Gesetz anerkannt werden sollen. Dies ist aber nicht der Fall. Im Gegenteil, es ging schon im älteren Recht und so auch im neuen Handelsgesetzbuch die Tendenz immer dahin, für das Aktienrecht und speziell für die Gründung möglichst genaue und bestimmte Vorschriften zu geben, um dadurch die mit dieser Gesellschaftsform ver-

---

[1]) S. 15 ff.
[2]) S. 17 unten.

bundenen Gefahren möglichst einzuschränken. Diese Gefahren für Dritte wären aber sehr groß in einem Fall wie dem unserigen, wo eine Aktiengesellschaft, bei deren Entstehung nicht einmal die sämtlichen Gründungsvorschriften beobachtet worden sind, mit einem Kapital ins Leben treten würde, das vollständig gemäß § 306 Abs. 4 HGB. früherern Gläubigern verhaftet ist, Gläubigern, die möglicherweise ebenso wie die Höhe ihrer Forderungen noch nicht einmal sicher feststehen. Nach all dem kann davon, daß eine Aktiengesellschaft durch Vertrag zwischen zwei sich auflösenden Aktiengesellschaften, die ohne Beobachtung der Gründungsvorschriften ihr gesamtes Vermögen gemäß § 306 HGB. in die neue Gesellschaft einbrächten, ins Leben gerufen werden könnte, nicht die Rede sein.

§ 5.

3. Übertragung gegen Gewährung von Aktien.

I. Die Übertragung des gesamten Vermögens muß endlich erfolgen gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft (§ 305 HGB.). Die Bedeutung auch dieses Merkmals liegt ähnlich wie die der vorher besprochenen auf negativem Gebiet. Es zeigt, daß im Sinne des Gesetzes eine Fusion dann nicht vorliegt, wenn die Übertragung des Vermögens gegen ein anderes Entgelt, insbesondere gegen Barzahlung oder Zuteilung von Obligationen seitens der übernehmenden Gesellschaft erfolgt. Nun aber kommen bei vielen Fusionen gelegentlich neben der Zuteilung der Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zur Ausgleichung Geldzahlungen vor, und es fragt sich, ob auch in diesem Falle eine Fusion im Sinne des Gesetzes vorliegt. Im Zusammenhang mit dieser Frage steht die, ob wir von einer Fusion im Sinne des Gesetzes auch dann noch reden können, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Wahlrecht[1]) gelassen wird, ob sie Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder Bargeld nehmen wollen. Bei Beurteilung dieser Fragen ist davon auszugehen, daß im Falle der Vermögensübertragung nur gegen Bargeld der § 303 HGB. zur Anwendung

[1]) Darüber insbesondere RG. Bd. 9 S. 19.

kommt. Dieser aber unterscheidet sich von dem § 305 HGB., der die Übertragung gegen Aktien behandelt dadurch, daß der letztere Paragraph als besondere Vorschrift für den Fall der Fusion die Erleichterung der Kapitalserhöhung einführt. Es fragt sich nun, ob aus diesem die beiden Fälle unterscheidenden Merkmale sich ein Schluß darauf ziehen läßt, welche Vorschrift auf unsere obengenannten, in der Mitte liegenden Fälle Anwendung finden soll. Ein derartiger Schluß ist m. E. mit Rücksicht darauf, daß sich das Gesetz über den tieferen Grund dieser Erleichterung der Kapitalserhöhung gerade im Falle der Fusion völlig ausschweigt, heute nicht möglich. Da sich somit ein entscheidender Gesichtspunkt für die Beurteilung der fraglichen Fälle auf diese Weise nicht gewinnen läßt, so bleibt nichts anderes übrig, als sich an den genauen Wortlaut des Gesetzes zu halten. Nach diesem aber fallen die beiden obenerwähnten Fälle nicht unter das, was das Handelsgesetzbuch unter Fusion versteht.[1]) Auch der Entscheidung des Reichsgerichts, daß es im Falle des Wahlrechts darauf ankomme, ob von den Aktionären der untergehenden Gesellschaften durchweg Aktien gewählt werden, muß die Zustimmung versagt werden. Denn es muß schon zur Zeit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses klarliegen, ob eine Fusion im Sinne des Gesetzes vorliegt oder nicht, da nur im einen Fall die erleichternden Bestimmungen des § 305 HGB. Anwendung finden. Das Wahlrecht der Aktionäre wird aber in der Regel erst viel später, erst nach Erledigung des ganzen Fusionsgeschäftes ausgeübt werden. Immerhin dürfte dem Reichsoberhandelsgericht[2]) insoweit zuzustimmen sein, daß wenn von Anfang an beabsichtigt und ersichtlich ist, daß nur Aktien gewählt werden, die Wahlrechtsklausel als nur zum Schein aufgenommen anzusehen und daher unbeachtlich ist.

II. Fraglich ist endlich, ob ein Fall der Fusion vorliegt, und also § 306 HGB. Anwendung findet, wenn die übernehmende

---

[1]) So Staub 6./7. Aufl. Anm. 2 zu § 305; Pinner S. 310; Ziegler S. 63. Lehmann-Ring (Anm. 4 zu § 305) will beide Fälle verschieden behandeln. Wie hier auch Makower If, 1 zu § 305.

[2]) Entsch. Bd. 14 S. 363.

Gesellschaft schon sämtliche Aktien der aufzunehmenden Gesellschaft besitzt und nun eine Fusion in der Weise beschließt, daß als Entgelt an die zu übernehmende Gesellschaft deren Aktien zur Vernichtung zurückgegeben werden. Das Reichsgericht verneint in diesem Fall das Vorliegen einer Fusion im Sinne des Handelsgesetzbuchs, da die Gegenleistung nicht in Aktien der übernehmenden Gesellschaft bestehe.[1]) Diese Auslegung ist m. E. zu eng. Das Wesen der Fusion besteht darin, daß eine Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen an eine andere überträgt und als Entgelt ihre Aktionäre Anteile — denn dies ist ja die Bedeutung des Aktienrechts — an dem dadurch entstehenden neuen Gesellschaftsvermögen erhalten. Nun ist in unserem Fall der durch Anteile am Gesamtvermögen abzufindende einzige Aktionär die übernehmende Gesellschaft; diese ist aber bereits Träger und Subjekt des Ganzen, und durch die Fusion wird lediglich diesem tatsächlichen Zustand ein anderes rechtliches Gesicht gegeben. Es ist also, ohne daß es der Ausgabe neuer Aktien bedarf, das obenerwähnte Merkmal der Fusion vorhanden: § 306 findet Anwendung. Wie formalistisch der Standpunkt des Reichsgerichts ist, zeigt sich, wenn man annimmt, daß die übernehmende Aktiengesellschaft außer sämtlichen Aktien der zu übernehmenden Gesellschaft auch genügend eigene Aktien besitzt. Würde hier die übernehmende Gesellschaft sich als Aktionärin der zu übernehmenden Gesellschaft ihre eigenen Aktien zuteilen und daraufhin die Aktien der übernommenen Gesellschaft vernichten, so wäre nach der Ansicht des Reichsgerichts § 306 zweifellos anzuwenden, nicht aber in dem obigen doch tatsächlich völlig gleichliegenden Falle.

---

[1]) JurW. 1906 S. 46 Nr. 60.

B. Der Gang der Fusion.

I.

§ 6.

Allgemeines.

Das Handelsgesetzbuch regelt die Fusion mit Liquidation in § 305, die uns interessierende Fusion ohne Liquidation in § 306; Grundlage beider Paragraphen ist der allgemeine § 303; bezüglich der in Betracht kommenden Kapitalserhöhung werden in § 305 HGB. eine Reihe Vorschriften außer Kraft gesetzt; speziell auf unseren Fall der liquidationslosen Fusion werden die Vorschriften über Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft des § 304 für anwendbar erklärt. Diese Verweisungen, die nicht gerade zur Klarheit beitragen, haben ihren Grund darin, daß das Gesetz die Fusion von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet. Einmal als einfaches Erwerbsgeschäft, wobei als Gegenleistung für eine Vermögensübertragung Aktien gewährt werden — dies ergibt die Verweisung auf § 304 —, und andererseits als eine besondere Art von Kapitalserhöhung — dies ergibt der § 305 —, wobei die Aktienzuteilung lediglich Konsequenz der durch die Vermögensübertragung erworbenen Mitgliedschaft[1]) ist. Dazu kommt noch, daß das Gestz das einheitliche Fusionsgeschäft in eine Reihe selbständiger Vereinbarungen und Beschlüsse zerrissen hat. Diese verschiedenen Gesichtspunkte erschweren auch die Darstellung des ganzen Vorgangs, und um Wiederholungen zu vermeiden, empfiehlt sich hier die chronologische und nicht die von rein logisch-rechtlichen Gesichtspunkten beherrschte Darstellung. Und zwar soll das Bestreben dahin gehen, diese ganze Transaktion so darzustellen, wie sie in der Praxis vor sich geht; dabei wird sich heraus-

[1]) RG. Bd. 31 S. 21.

stellen, daß das ganze Geschäft in der Praxis meist viel einfacher vor sich geht, als es nach den verzwickten gesetzlichen Bestimmungen den Anschein hat. Nach diesen zerfällt das Fusionsgeschäft in folgende Rechtsakte je mit besonderer rechtlicher Wirkung:

1. Fusionsvertrag.
2. Vereinbarung, daß Liquidation unterbleiben soll.
3. Auf seiten der übertragenden Gesellschaft a) Zustimmungsbeschluß zur Fusion, der nicht eintragungsbedürftig ist und Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, b) Zustimmungsbeschluß zum Unterbleiben der Liquidation, der eintragungsbedürftig ist und den Vermögensübergang zur Folge hat.
4. Eventuell auf seiten der übernehmenden Gesellschaft Kapitalserhöhungsbeschluß, dessen Eintragung samt der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung die Wirkung hat, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft werden.

II.

§ 7.

1. Der Fusionsvertrag.[1])

I. Der Fusion werden, wie jedem wichtigeren Geschäft, Vorbesprechungen der beteiligten Faktoren vorhergehen, die aber eine rechtliche Bedeutung zunächst noch nicht beanspruchen können. Sind diese zu einem gewissen Abschluß gelangt, so werden die rechtlich bedeutsamen Handlungen damit beginnen, daß die Vorstände der beiden Gesellschaften, event. verstärkt durch ihre Aufsichtsräte, vorbehaltlich der Genehmigung der beiderseitigen Generalversammlungen den Fusionsvertrag[2]) ab-

[1]) Ziegler (S. 65—72) kommt in der Hauptsache zu denselben Resultaten wie die folgenden Erörterungen.

[2]) Küfner (S. 37 u. 38) bekämpft die z. B. von Ring (Anm. 2 zu Art. 247) vertretene Auffassung, daß ein obligatorischer Vertrag nicht nötig sei, sondern daß die Fassung und Eintragung der sich entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse genüge. Für das geltende Recht genügt der Hinweis auf § 305 Abs. 2 HGB. und Denkschr. S. 166.

schließen. Dieser Vertrag bedarf, da er ein Vertrag ist, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, gemäß § 311 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Kontrahenten dieses Vertrags sind die beiden beteiligten Aktiengesellschaften, nicht etwa deren Aktionäre.[1]) Dieser so abgeschlossene Vertrag enthält nun aber regelmäßig bereits zwei der gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse des Fusionsgeschäfts: den Vertrag über die Vermögensübertragung und die Vereinbarung, daß eine Liquidation nicht stattfinden soll. Diese beiden Vereinbarungen, die vom Gesetz auseinandergerissen sind, und deren jede nach dem Handelsgesetzbuch eine besondere rechtliche Wirkung hat, werden in unserem Fall, dem wir zwei bestehende Aktiengesellschaften, die zu fusionieren beabsichtigen, zugrunde legen, stets gleichzeitig zustande kommen. Es wird sogar normalerweise im Sinne der Parteien liegen, diese beiden logisch und rechtlich trennbaren Vereinbarungen als einen einheitlichen Vertrag zu behandeln, dergestalt, daß die Vereinbarung über den Liquidationsausschluß nur einen Teil des ganzen Fusionsvertrags bildet und demgemäß dessen rechtliche Schicksale teilt; dieser Absicht der Parteien wird es auch entsprechen, wenn man für den Fall, daß die Vereinbarung über den Liquidationsausschluß ungültig sein sollte, gemäß § 139 BGB. den ganzen Vertrag für ungültig erklärt. Immerhin ist auch eine Trennung der beiden Vereinbarungen in der Weise denkbar, daß zunächst die Fusion vereinbart und beschlossen wird, und daß nachträglich noch eine Vereinbarung zustande kommt, es solle die weitere Liquidation unterbleiben und das Vermögen als Gesamtvermögen übertragen werden; in diesem Fall bedarf die letztere Vereinbarung, die ja nur eine Vereinbarung über die Art des Vermögensübergangs ist, natürlich nicht der Form des § 311 BGB.[2])[3])

---

[1]) And. A. Endemann Bd. 1 S. 664.

[2]) Makower II zu § 304; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 304.

[3]) Etwas anders liegt der Fall, daß die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde schon aufgelöst ist und nun noch nachträglich Fusion mit Unterbleiben weiterer Liquidation vereinbart wird.

II. Was ist nun der Inhalt dieses Fusionsvertrags, der, wie wir gesehen haben, in der Regel sowohl die Vereinbarung über die Vermögensübertragung als auch die Vereinbarung über den Liquidationsausschluß umfaßt? Wesentlich ist für ihn einerseits, daß die sich auflösende Gesellschaft die Verpflichtung übernimmt, ihr Gesamtvermögen zu übertragen, und daß vereinbart wird, daß die Liquidation ausgeschlossen sein soll. Auf der andern Seite muß die aufnehmende Gesellschaft sich verpflichten, eigene Aktien, d. h. Mitgliedschaftsrechte als Entgelt für das ihr übertragene Vermögen zu gewähren. An wen diese Aktien zu gewähren sind, ob an die Gesellschaft oder an die einzelnen Aktionäre, kann im Vertrag ausdrücklich ausgemacht werden;[1]) es fragt sich nur, wer berechtigt ist, die Aktien zu verlangen, wenn nichts darüber ausgemacht ist, an wen sie zu gewähren sind, sondern wenn die Bestimmung etwa nur lautet: „Die übernehmende Gesellschaft gewährt so und so viele Aktien, zu dem und dem Kurs, wobei die Aktien der untergehenden Gesellschaft in der und der Höhe in Anrechnung kommen; genauer ausgedrückt, es fragt sich, ob der Sinn des Fusionsvertrags im allgemeinen ist, daß die Aktionäre ein eigenes Recht auf Gewährung der Aktien der aufnehmenden Gesellschaft erhalten sollen.[2]) Diese Frage ist m. E. zu bejahen.[3]) Dies ergibt sich aus dem Wesen der Fusion, deren Charakteristikum es ja gerade ist, daß die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft Mitglieder der aufnehmenden Aktiengesellschaft werden. Ist dies aber der Zweck des Vertrags, so muß man natürlich den Aktionären auch ein eigenes Recht zugestehen, ihre Mitgliedschaftsrechte, d. h. Aktien der aufnehmenden Gesellschaft, von dieser klagweise zu fordern. Dies um so mehr, als die übertragende Gesellschaft ja durch die Fusion untergeht und zu der Zeit, da die Aktien der übernehmenden Gesellschaft zur Ausgabe kommen können, meist nicht mehr bestehen wird, und es kann nicht der Wille

---

[1]) Staub Anm. 3; Lehmann-Ring Nr. 4; Makower If, 2 zu § 305.

[2]) RG. Bd. 41 S. 86 streift die Frage, ohne sich näher darüber auszusprechen.

[3]) Ebenso RG. bei Holdheim Bd. 13 S. 266.

der Parteien sein, die Aktien dieser nicht mehr existierenden Gesellschaft zu übertragen.[1]) Daß nach dem Sinn des Fusionsvertrags die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft ein eigenes Recht auf die Aktien der übernehmenden Gesellschaft haben sollen, zeigt sich auch in der Art der Durchführung der Fusion: Wenn nämlich die übernehmende Gesellschaft zum Zwecke der Durchführung ihr Kapital erhöhen muß, d. h. neue Mitgliedschaftsrechte schaffen muß, so sind im Sinne des Gesetzes mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft und nicht diese selbst Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft geworden, und ihr Recht auf Gewährung von Aktien ist nur die Konsequenz ihres schon bestehenden Mitgliedschaftsrechts. Der Sinn des Fusionsvertrags ist also in der Regel der, daß die übernehmende Gesellschaft verpflichtet ist, an die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft Aktien zu gewähren, und daß diese ein eigenes Recht auf diese Aktien haben sollen, natürlich neben der übertragenden Gesellschaft selbst, die, solange sie noch besteht, ebenfalls ein Klagrecht hat,[2]) auch dieses jedoch nur mit der Beschränkung, daß sie Ausantwortung der Aktien an ihre Aktionäre verlangen kann: Der Fusionsvertrag ist insoweit ein Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB.). Von dieser Auffassung des Fusionsvertrages aus kommt man auch dazu, als wesentliches Erfordernis desselben die Feststellung zu verlangen, in welchem Verhältnis die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft an den Aktien der übernehmenden Gesellschaft partizipieren sollen.[3]) Denn gesteht man ihnen ein eigenes Recht zu, Aktien zu verlangen, so muß natürlich auch feststehen, wie viele Aktien sie verlangen können.

Außer diesen wesentlichen Erfordernissen enthält der Fusionsvertrag meist noch eine Reihe anderer Bestimmungen, die aber

---

[1]) OLG. Karlsruhe in Bad. Rechtsprax. Bd. 70 S. 197.

[2]) Dies wird sich nur in einer Klage auf künftige Leistung äußern können.

[3]) Ebenso mit etwas anderer Begründung OLG. Dresden, in DJZ. 1898 S. 390.

für seine Gültigkeit nicht wesentlich sind. Dahin gehören: Ausdrücklicher Ausschluß der Bezugsrechte der eigenen Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, Bestimmungen über Verwertung einzelner Aktien der aufzunehmenden Gesellschaft, die meist nicht den Wert einer Aktie der übernehmenden Gesellschaft erreichen werden, Festlegung eines Zeitpunkts für das Inkrafttreten der Fusion, Bestimmungen über erstmaligen Dividendenbezug der neu aufgenommenen Aktionäre, über die Verhältnisse der Angestellten der alten Gesellschaft usw.

§ 8.

2. Die Generalversammlungsbeschlüsse der übertragenden Gesellschaft.

I. Der Fusionsvertrag wird nun für die beiden beteiligten Gesellschaften nicht sofort bindend, sondern es müssen, damit er wirksam wird, normalerweise Generalversammlungsbeschlüsse auf seiten beider Parteien dazu kommen. Der Fusionsvertrag wird meist vor diesen Beschlüssen vorbehaltlich der Genehmigung durch die beiderseitigen Generalversammlungen abgeschlossen, er kann jedoch diesen auch zeitlich folgen. Da auch diese Generalversammlungsbeschlüsse gemäß § 259 HGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, so kommen wir zusammen mit der Beurkundung des Fusionsvertrags, die ebenfalls nötig ist, auf drei gerichtliche oder notarielle Beurkundungen, die natürlich entsprechende Kosten machen. Um wenigstens eine solche Beurkundung zu sparen, schlägt Plotke[1]) den folgenden zum Ziel führenden und darum zu billigenden Weg vor: Der Vorstand der übertragenden Gesellschaft macht in der Generalversammlung zu Protokoll das Angebot, das die Generalversammlung genehmigt, und verzichtet auf ausdrückliche Mitteilung der Annahme; darauf erklärt der Vorstand der aufnehmenden Gesellschaft in deren Generalversammlung und unter Genehmigung der Generalversammlung die Annahme des Angebots. Daß ein Geschäft auch dann formgerecht ist, wenn die

[1]) Plotke bei Holdheim Bd. 10 S. 248.

gewahrte Form zunächst anderen Zwecken dient, wird vom Reichsgericht[1]) anerkannt.

II. Um nun zu den Beschlüssen selbst zu kommen, so soll unsere Betrachtung zunächst dem Beschluß bezw. den Beschlüssen der ihr Vermögen übertragenden Aktiengesellschaft gewidmet sein. Das Gesetz redet im § 303 HGB. von dem „Beschluß, auf Grund dessen die Veräußerung des Vermögens im ganzen erfolgt", in § 304 von der „Zustimmung der Generalversammlung zu der Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben soll", und in § 305 von dem „von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigten Vertrag". Was also ist in unserem Fall, auf den diese sämtlichen Vorschriften Anwendung finden, nötig? In erster Linie ist zu betonen, daß die Ausdrücke „Zustimmung", „Genehmigung" hier nicht in dem prägnanten Sinn der §§ 182 ff. BGB. gebraucht sind; das Gesetz will keineswegs einen Generalversammlungsbeschluß vor Abschluß des Fusionsvertrags verbieten und braucht hier, wie auch sonst häufig,[2]) den Ausdruck „Genehmigung" einfach für „Zustimmung".[3]) Immerhin hat es den Anschein, als ob die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft folgende Beschlüsse zu fassen hätte:

1. Zustimmung zum Vertrag, wodurch dieser für die Gesellschaft bindend würde.
2. In Ausführung des ersten Beschlusses Beschluß, das Gesamtvermögen zu übertragen, mit der Wirkung der Auflösung der Gesellschaft (§ 303 Abs. 2 HGB.).
3. Beschluß, die Liquidation auszuschließen; dieser Beschluß wäre einzutragen und hätte dann die Folge, die Vereinbarung, nicht zu liquidieren, wirksam zu machen und gleichzeitig den Vermögensübergang zu bewirken (§ 304 Abs. 5 HGB.).

---

[1]) RG. Bd. 68 S. 395.

[2]) vgl. z. B. §§ 1810, 1821, 1690 BGB.; Denkschr. S. 165 bezüglich des in § 304 HGB. als „Zustimmung" bezeichneten Beschlusses.

[3]) Plotke a.a.O. S. 250; Ziegler S. 69.

Logisch lassen sich diese Beschlüsse sehr wohl auseinanderhalten, aber tatsächlich und auch rechtlich ist eine derartige Zerlegung unhaltbar. Denn wenn die Generalversammlung dem ihr vorgelegten Fusionsvertrag zustimmt, in dem vereinbart ist, daß die Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen ohne Liquidation auf eine andere Aktiengesellschaft übertragen wird, so liegen doch darin implicite schon die Beschlüsse Ziff. 2 u. 3. Dagegen könnte man sagen, es ist auch möglich, daß zunächst die Beschlüsse Ziff. 2 u. 3 gefaßt werden, dann wird der Vertrag abgeschlossen und nun erst dieser Vertrag genehmigt. In diesem Fall wäre der Beschluß Ziff. 2 ganz allgemein zu halten, in dem Sinne, daß beschlossen würde, mit irgendwem, unter irgendwelchen Bedingungen zu fusionieren. Die rechtliche Wirksamkeit eines derartigen Beschlusses ist abzulehnen.[1]) Dies folgt aus § 303 Abs. 2, wo bestimmt ist, daß der Beschluß, das gesamte Vermögen zu übertragen, die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Diese gesetzliche Folge eines derartig nichtssagenden Beschlusses wäre ein Unding. Es würde ja auch nie einer Gesellschaft einfallen, eine Fusion zu beschließen, wenn nicht vorher die Bedingungen derselben genau festgestellt sind; sollte je einmal ein derartiger Beschluß gefaßt werden, so wäre ihm keinerlei rechtliche Wirkung zuzuschreiben. Es ist also festzustellen, daß auch, wenn der Generalversammlungsbeschluß vor Abschluß des Fusionsvertrags gefaßt wird, er doch die Bedingungen dieses Vertrags schon enthalten muß; dann aber ist eine nochmalige nachträgliche Genehmigung des abgeschlossenen Vertrags überflüssig. Wir sehen also, von unseren drei Beschlüssen bleiben zunächst nur noch übrig der Beschluß, das Gesellschaftsvermögen unter bestimmten Bedingungen zu übertragen, und der Beschluß, die Liquidation auszuschließen. Für diese Beschlüsse gilt aber dasselbe, das eben § 7 Abs. 1 über den Vertrag bemerkt wurde: Auch hier wird es regelmäßig im Sinne der beschließenden Generalversammlung liegen, diese beiden Beschlüsse, über die mit Rücksicht auf die besondere

---

[1]) Ebenso Staub Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 3; Makower IIa, 1 zu § 303.

Bedeutung, die jeder hat, getrennt abzustimmen ist, als Teile eines einheitlichen Fusionsbeschlusses gelten zu lassen, derart, daß wenn ein Teil nichtig ist, auch der andere nichtig sein soll, und daß der eine Teil nicht eher wirksam sein soll als der andere Teil.[1]) Da nun der Beschluß, die Liquidation zu unterlassen, nach § 304 Abs. 4 HGB. erst durch die Eintragung ins Handelsregister wirksam wird, so wird normalerweise, nach Absicht der Parteien der einheitliche Beschluß, das Gesamtvermögen ohne Liquidation zu übertragen (im folgenden kurz Fusionsbeschluß genannt), erst mit dieser Eintragung wirksam. Dadurch wird vermieden, daß zwischen der durch den Übertragungsbeschluß bedingten Auflösung der Gesellschaft und dem durch Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses bedingten Vermögensübergang ein Schwebezustand entsteht. Diese beiden Wirkungen treten vielmehr gleichzeitig mit Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses ein, da erst dadurch der ganze Fusionsbeschluß wirksam wird. Außerdem folgt aus dem Vorhergehenden, daß der Beschluß noch eine dritte Funktion hat: er wirkt als Teil des obligatorischen Rechtsgeschäfts, als Genehmigung des Fusionsvertrags;[2]) erst mit der Eintragung wird auch der Fusionsvertrag für die übertragende Gesellschaft bindend. Dieser einheitliche Fusionsbeschluß bedarf nach §§ 303, 304 HGB. einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt,[3]) soweit nicht der Gesellschaftsvertrag strengere Vorschriften enthält. Der Beschluß unterliegt den allgemeinen Regeln der §§ 251 ff. HGB.

III. Zu besprechen ist hier der oben schon erwähnte Fall, daß eine Aktiengesellschaft schon sämtliche Aktien einer anderen Aktiengesellschaft besitzt und nun diese gemäß § 306 HGB.

---

[1]) Staub Anm. 6 zu § 304; Lehmann-Ring Nr. 2a; Makower IIIb,1 zu § 306.

[2]) Von diesem Standpunkt aus ist die Streitfrage, ob die Genehmigung des Fusionsvertrags mit einfacher Majorität erfolgen könne, gegen Pinner II,2c zu § 305 entschieden.

[3]) Die Ablehnung der Fusion kann natürlich mit einfacher Majorität erfolgen.

in sich aufnehmen will.[1]) Es fragt sich, ob ein derartiger Beschluß überhaupt gefaßt werden kann und nicht der § 252 Abs. 3 HGB. im Wege steht, der von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär zum Gegenstand hat, eben diesen Aktionär ausschließt. Zuvörderst ist zu bemerken, daß diese Vorschrift dadurch umgangen werden könnte, daß die Aktiengesellschaft eine Aktie an einen Strohmann veräußert, der nun die Fusion beschließen würde. Allein diese Umgehung ist gar nicht nötig, weil m. E. § 252 Abs. 3 HGB. auf unseren Fall gar keine Anwendung findet. Nicht etwa deshalb, weil, wie Staub[2]) meint, die Verletzung des § 252 Abs. 3 nur ein Anfechtungsrecht gewähre und in unserem Fall niemand da sei, der anfechten könne. Denn einmal könnte ja der Vorstand der aufzunehmenden Gesellschaft, der gar nicht Aktionär zu sein braucht, gemäß § 271 HGB. anfechten, und dann ist doch auch anzunehmen, daß, wenn das Gesetz etwas verbietet, dies verboten bleibt, auch wenn im Einzelfall niemand das Verbot durchsetzen kann. Dagegen findet § 252 Abs. 3 deshalb keine Anwendung, weil in unserm Fall von einer „Beschlußfassung", die immer mehrere voraussetzt, überhaupt nicht die Rede sein kann, und weil der Zweck der Vorschrift der Schutz der übrigen nicht am Geschäft beteiligten Aktionäre ist, dieser Gesichtspunkt aber und damit jeglicher Grund für die Anwendung des Paragraphen völlig wegfällt. Unsere Aktiengesellschaft kann also durch einfache Erklärung ihres Vorstands, der dazu nicht einmal die Genehmigung der Generalversammlung braucht, da seine Tätigkeit lediglich in der Ausübung eines Stimmrechts besteht, in der Generalversammlung der aufzunehmenden Gesellschaft deren Fusion mit sich selbst beschließen.

IV. Ist der Fusionsbeschluß gefaßt, so ist die Auflösung der Gesellschaft und der Ausschluß der Liquidation durch den Vorstand in der zur Abgabe von Willenserklärungen genügenden Besetzung beim Handelsregister anzumelden (§§ 306, 304 Abs. 3 HGB.). Wird der Beschluß, die Liquidation zu unterlassen, erst nach

---

[1]) Dazu Ziegler S. 70.

[2]) Anm. 18 zu § 292.

Beginn der Liquidation gefaßt, so ist die Anmeldung Sache der Liquidatoren. Die Anmeldung hat gemäß § 13 HGB. beim Haupt- und sämtlichen Zweigregistern zu erfolgen. Erfolgt die Anmeldung zum Zweigregister erst, nachdem durch Anmeldung beim Hauptregister die Gesellschaft untergegangen ist, so ist mit Makower[1]) anzunehmen, daß die Pflicht zur Anmeldung bei den Zweigregistern auf den Vorstand der übernehmenden Gesellschaft übergegangen ist, da ja die Organe der alten Gesellschaft mit deren Untergang diese ihre Eigenschaft verloren haben. Die Anmeldung zum Register des Hauptsitzes der Gesellschaft kann durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden (§ 319 Abs. 2 HGB.), da hier die Eintragung eine Rechtsänderung bewirkt, wohl aber die Anmeldung zu den Registern der Zweigniederlassungen (§ 14 HGB.). Anzumelden ist, daß die Gesellschaft durch Übertragung ihres ganzen Vermögens an eine andere Aktiengesellschaft untergegangen ist und daß die Generalversammlung dem Ausschluß der Liquidation zugestimmt hat. Der Anmeldung zum Handelsregister ist der Fusionsvertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Der Zweck dieser Vorschrift ist, wie sich aus der Denkschrift[2]) ergibt, dem Registerrichter die Bindung der Gegenpartei nachzuweisen. Dieser Zweck wird in unserem Fall dann nicht erreicht, wenn die übernehmende Gesellschaft aus Anlaß der Fusion ihr Kapital erhöhen muß, da dann für sie, wie später auszuführen sein wird, der Fusionsvertrag erst mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses bindend wird. Demgemäß ist für diesen Fall in entsprechender Anwendung des § 304 Abs. 3 HGB. nicht nur Vorlegung des Fusionsvertrags, sondern auch der Nachweis zu verlangen, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß vorher oder gleichzeitig eingetragen wurde.[3]) Der von Staub dagegen geltend gemachte Einwand, daß de lege ferenda diese Auffassung die richtige wäre, daß aber in das gegebene Gesetz ein solcher Sinn nicht hineininterpretiert werden dürfe, ist nicht stichhaltig, da

[1]) Anm. Vb zu § 304; and. A. Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 304.

[2]) S. 166.

[3]) Makower IIIa zu § 3; Lehmann Nr. 3; Pinner III zu § 306; and. A. Staub Anm. 6 zu § 306.

gerade der Ausdruck „entsprechende Anwendung“ in § 306 HGB. auf eine sinngemäße, nicht rein mechanische Übertragung der Vorschriften des § 304 auf unsern Fall hindeutet.[1]) Der Registerrichter hat, wenn die Anmeldung erfolgt ist, zu prüfen, ob Fusionsvertrag und Fusionsbeschluß gültig zustande gekommen sind, und falls dies zutrifft, die Eintragung zu bewirken. Gemäß § 10 HGB. ist die Eintragung öffentlich bekanntzumachen.

§ 9.

3. Die Kapitalserhöhung.

I. Der Fusionsvertrag wird, wie wir gesehen haben, für die übertragende Gesellschaft normalerweise bindend durch Eintragung des Fusionsbeschlusses ins Handelsregister. Die aufnehmende Gesellschaft dagegen wird, ohne daß es einer Genehmigung durch die Generalversammlung bedürfte, sofort gebunden, sofern sie nur in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen, ohne ihr Kapital erhöhen zu müssen. Dies wird allerdings die Ausnahme sein; die Regel ist, worauf die ganze Fassung des Gesetzes hindeutet, daß die übernehmende Gesellschaft zum Zwecke der Fusion ihr Kapital erhöhen muß. In diesem Fall ist die Wirksamkeit des Fusionsvertrags für die übernehmende Gesellschaft bedingt durch die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses. Denn der Fusionsvertrag enthält Abmachungen über Sacheinlagen, die auf das erhöhte Grundkapital gemacht werden sollen, und jedes derartige Abkommen ist nach § 279 Abs. 2 HGB.[2]) der Gesellschaft gegenüber unwirksam, bevor es die vorgeschriebene Festsetzung in dem Beschlusse der Generalversammlung erhalten hat. Für diese Kapitalserhöhung setzt das Gesetz in § 305 eine Reihe sonst geltender Bestimmungen, die in diesem besonderen Fall überflüssig sind, außer Kraft. Es gelten demnach die folgenden Besonderheiten:

Der Beschluß, der sich im allgemeinen nach den Vorschriften der §§ 275, 278, 279 ff. richtet, ist auch möglich vor Vollein-

[1]) Staub selbst legt an anderer Stelle (Anm. 10 u. 12 zu § 306) das Gesetz auch sinngemäß ohne Beachtung des Wortlauts aus.

[2]) Dieser Paragraph und nicht § 283 Abs. 2, der insoweit in § 279 enthalten ist, kommt in Betracht.

zahlung des bisherigen Grundkapitals. Demgemäß fällt bei Anmeldung des Beschlusses zum Registergericht auch die dahingehende Versicherung weg. Die Anmeldung selbst dagegen ist nötig, um die Eintragung zu veranlassen und damit dem Beschluß Wirksamkeit zu verleihen. Die Durchführung der Kapitalserhöhung stellt sich ebenfalls sehr einfach dar, da eine Zeichnung nicht stattfindet und keine Barzahlungen zu leisten sind. Es fallen somit weg die Vorschriften über Zeichnungsscheine und deren nachherige Einreichung, ebenso die Versicherung, daß die vorgeschriebenen Anzahlungen auf die neuen Aktien gemacht sind. Dagegen wird sich die Angabe des Aktienkurses, trotzdem § 195 Abs. 3 HGB. außer Kraft gesetzt ist, empfehlen.[1]) Endlich fallen mit Rücksicht auf den besonderen Fall die Vorschriften über die Bezugsrechte der Aktionäre weg. Die Durchführung der Kapitalserhöhung besteht also lediglich in der Übertragung des Vermögens der sich auflösenden Gesellschaft. Bei der nach § 305 erforderlichen Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung, zu der wie zu der Eintragung des Fusionsbeschlusses nach § 319 Abs. 2 HGB. ein Zwang nicht ausgeübt werden darf, muß daher auch die den Vermögensübergang bewirkende Genehmigung des Fusionsvertrags bezw. des Vertrags über den Ausschluß der Liquidation eingereicht werden. Dies ist, wie die Denkschrift[2]) ergibt, der Zweck der in § 305 Abs. 2 vorgeschriebenen Vorlegung des von der übertragenden Gesellschaft genehmigten Fusionsvertrags. Die sinngemäße Anwendung dieser Vorschrift auf unseren Fall, in dem der Fusionsbeschluß und damit auch der Fusionsvertrag erst durch Eintragung wirksam wird, führt daher dazu, nicht nur Vorlegung des Vertrags und des Fusionsbeschlusses, sondern auch den Nachweis der Eintragung dieses Beschlusses zu verlangen.[3]) Auch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ist gemäß § 10 HGB. zu veröffentlichen.

---

[1]) Staub Anm. 17 zu § 305.

[2]) S. 167.

[3]) Ebenso Staub Anm. 10; Lehmann-Ring Nr. 5; Makower IIIb, 1a zu § 306.

§ 10.

4. Die Perfektion der Fusion.

I. Schon aus dem Vorhergehenden ergibt sich der normale Verlauf der für den Abschluß und die Durchführung des Fusionsvertrags notwendigen Akte: Die Eintragung des Fusions- bezw. Liquidationsausschließungsbeschlusses setzt Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses, die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung Eintragung des Fusionsbeschlusses voraus. Die normale Reihenfolge der Anmeldungen und Eintragungen ist also: Kapitalserhöhungsbeschluß, Fusionsbeschluß, durchgeführte Kapitalserhöhung. Es ist jedoch auch möglich, die beiden ersten Beschlüsse gleichzeitig anzumelden und einzutragen, ein Verfahren, von dem als dem normalen die Denkschrift [1]) ausgeht; dieses Verfahren wird notwendig, wenn gemäß § 285 HGB. die Anmeldung und Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses mit der Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung verbunden werden soll.

II. Der Eintritt der Fusion, d. h. der Vermögensübergang und die Entstehung der neuen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre der untergehenden Gesellschaft richtet sich in erster Linie nach dem Fusionsvertrag, d. h. es wird in diesen meist eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen werden: Die Fusion tritt in Kraft an dem und dem Tag. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so fallen event. nach den gesetzlichen Bestimmungen der Vermögensübergang und die Entstehung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre zeitlich auseinander. Das Vermögen geht nach §§ 306, 304 Abs. 5 HGB. mit Eintragung des Fusionsbeschlusses über. Die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre entstehen mit Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung, und diese beiden Einträge können, wie eben ausgeführt wurde, zu verschiedenen Zeiten stattfinden; die Regel wird dies allerdings nicht sein. Ein Grund, auch in diesem Fall das Vermögen erst mit Eintragung des letzteren Beschlusses übergehen zu lassen, wie Staub u. a.[2]) wollen, besteht nicht. Die von den Genannten angeführten

[1]) S. 166.

[2]) Staub Anm. 12; Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 306; Ziegler S. 67.

Gründe können gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes und der ganzen Auffassung des Handelsgesetzbuches, das die Schaffung der neuen Mitgliedschaftsrechte als Gegenleistung, nicht als Begleiterscheinung der Vermögensübertragung auffaßt, nicht für stichhaltig erachtet werden. Die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft können event. die Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung durch Klage erzwingen. Auch in dem Fall, daß die aufnehmende Gesellschaft eine Kapitalserhöhung nicht vorzunehmen braucht, sondern genügend eigene Aktien besitzt, um ihre Verpflichtungen zu erfüllen, wird der Vermögensübergang und der Erwerb der Mitgliedschaftsrechte regelmäßig auseinanderfallen, da dort die Aktienrechte erst mit Übergabe der Aktien übergehen und diese regelmäßig der Vermögensübertragung nachfolgen wird.[1]) In unserem Fall dagegen kann dem nach Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung erfolgenden Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft gegen solche der übernehmenden Gesellschaft eine selbständige rechtliche Bedeutung nicht mehr zuerkannt werden; sie ist nur die Konsequenz der Tatsache, daß für die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft durch die Kapitalserhöhung neue Aktienrechte entstanden sind.[2]) Zur Durchführung dieses Umtauschs ist in § 305 Abs. 3 der übernehmenden Gesellschaft das Recht des Aufgebots und der Kraftloserklärung von Aktien zuerkannt, da ja die übertragende Gesellschaft untergegangen ist und ihr Aufgebotsrecht daher nicht mehr ausüben kann.

---

[1]) And. A. Ziegler S. 67.
[2]) RG. Bd. 31 S. 21.

C. Wirkung der Fusion.

I.

§ 11.

Grundsätzliches.

Die vermögensrechtliche Wirkung der Fusion ist nach der jetzt in Wissenschaft und Praxis durchaus herrschenden Ansicht der Übergang des Vermögens der untergehenden Gesellschaft auf die Übernehmerin im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.[1]) Die Streitfrage, ob zu dem Vermögen begrifflich auch die Schulden gehören[2]) oder nicht,[3]) erledigt das Gesetz durch die positive Vorschrift des § 304 Abs. 5 HGB., wonach das Vermögen „einschließlich der Schulden" übergeht.

Die erste Frage ist nun: was ist der rechtliche Grund dieser Gesamtrechtsnachfolge? Der Übergang eines Vermögens kann wie der eines einzelnen Rechts beruhen auf Rechtsgeschäft (hier ist natürlich nur von dem dinglichen Rechtsgeschäft, nicht von dem obligatorischen Vertrage die Rede), auf staatlichem Zwangsakt und auf Gesetz. Ein staatlicher Zwangsakt bleibt in unserem Fall außer Betracht, und so stehen wir vor der Alternative: Ist der Übergang des Vermögens im Falle der Fusion ein Übergang kraft Gesetzes, oder ist er die Folge eines dinglichen Rechtsgeschäfts (einer Verfügung) der Parteien? Die Wissenschaft und die Praxis, die diese Fragen nach der Wirkung der Fusion

---

[1]) Denkschr. S. 167; RG. Bd. 56 S. 331 und bei Warneyer 1909 S. 107 u. 108; KGJ. Bd. 9 S. 129; OLG. Köln bei Holdheim Bd. 9 S. 226; Geißmar bei Holdheim Bd. 12 S. 37–41; Staub Anm. 13; Lehmann-Ring Nr. 6; Makower III a, 2; Goldmann Ziff. 6 zu § 306; Lehmann, HR. S. 448.

[2]) z. B. Planck Bd. 5 Anm. 2a zu § 1922.

[3]) z. B. Hellwig, R. S. 310.

bis jetzt immer nur gestreift haben, stehen im allgemeinen auf dem ersteren Standpunkt, daß im Falle der Fusion ein Rechtsübergang kraft Gesetzes erfolge, und zwar ist diese Ansicht in zwei Variationen vertreten:

Entweder wird direkt gesagt, es liege im Fall der Fusion ein Übergang kraft Gesetzes vor,[1]) oder die Fusion wird in Parallele zum Erbfall gestellt und es wird gesagt, wie dort infolge des Todes einer physischen Person, so trete hier infolge des Unterganges einer juristischen Person eine Gesamtrechtsnachfolge ein.[2]) Daß diese letztere Auffassung schief ist, ist ohne weiteres klar; sie verkehrt den ganzen Tatbestand: nicht im Untergang einer juristischen Person und einer daraus folgenden Gesamtrechtsnachfolge besteht das Wesen der Fusion, sondern wesentlich ist der Übergang des Vermögens, und dieser hat die mehr zufällige Folge, daß die übertragende Gesellschaft untergeht, eine Folge, die darin ihre Rechtfertigung findet, daß eine juristische Person ohne Vermögen ihre Daseinsberechtigung verloren hat (ähnlich § 292 Abs. 3 HGB.). Aber nicht nur diese spezielle Wendung, sondern die ganze Auffassung, daß im Falle der Fusion eine Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes vorliege, ist falsch. Um dies nachzuweisen, bedarf es zunächst einer kurzen Auseinandersetzung darüber, worin denn der Unterschied zwischen einem Rechtsübergang kraft Gesetzes und dem auf Grund eines Rechtsgeschäfts der Parteien besteht. Man kann diesen Unterschied nicht etwa leugnen, indem man sagt, schließlich sei jeder Rechtsübergang ein solcher kraft Gesetzes, denn nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift habe jedes einen Rechtsübergang bezweckende Rechtsgeschäft tatsächlich die Wirkung, das Recht übergehen zu lassen. Dem widerspricht, daß das heutige Recht selbst von dem Gegensatz der Übertragung durch Rechtsgeschäft (Verfügung) und kraft Gesetzes ausgeht (vgl. z. B. § 412 BGB.): es bleibt also bei der oben gemachten Unterscheidung. Sehen wir nun zu, was eine

---

[1]) KG. in KGJ. Bd. 9 S. 129 u. OLGR. Bd. 11 S. 25.

[2]) RG. Bd. 56 S. 331, Bd. 28 S. 363 und bei Warneyer a. a. O.; Hellwig, C. Bd. 1 S. 280 Ziff. 3.

Verfügung ist, so haben wir sie nach dem heutigen gesetzlichen Sprachgebrauch zu definieren als ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtswirkung auf einen Gegenstand unmittelbar gerichtet ist und die Rechtslage dieses Gegenstandes unmittelbar ändert.[1]) Demgegenüber besteht das Wesen der Rechtsnachfolge kraft des Gesetzes darin, daß hier das Gesetz den Rechtsübergang an einen Tatbestand knüpft, der nicht eine unmittelbare Einwirkung gerade auf diesen Gegenstand bezweckt, sondern der in erster Linie andere Zwecke verfolgt und an den sich mehr zufällig kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die betreffende Rechtsfolge knüpft.[2]) Betrachtet man nun an der Hand dieser Begriffsbestimmungen das ganze Fusionsgeschäft, so ist ohne weiteres ersichtlich, daß wir es hierbei mit einem Vermögensübergang kraft Rechtsgeschäfts (Verfügung) und nicht kraft Gesetzes zu tun haben. Die ganzen Abmachungen bezwecken eine unmittelbare Einwirkung auf das Vermögen der zu übernehmenden Gesellschaft, und auf Grund der Vereinbarung, daß keine Liquidation stattfinden soll, geht das Vermögen als Ganzes über. Diese Vereinbarung ist, wie ihre ganze Sonderstellung im Gesetz zeigt, nicht nur Teil des obligatorischen Vertrags, sondern ihre wesentliche Bedeutung besteht in ihrer rechtsübertragenden Wirkung; sie ist eine Verfügung.

Dieses Resultat, daß die Gesamtrechtsnachfolge im Falle der Fusion ihren Grund in einer Verfügung hat und nicht ein Rechtsübergang kraft Gesetzes ist, wird unterstützt durch eine historische Betrachtung des Wortlauts der betreffenden Vorschriften. Schon die älteste Bestimmung über Fusion, der Art. 215 a. HGB., spricht davon, daß eine Aktiengesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere aufgelöst wird. Dieselben Ausdrücke gebrauchte der Abs. 4 des § 215 nach der Novelle von 1884. Hier ist also der oben als richtig betonte Standpunkt klar zum Ausdruck gebracht: Die Fusion besteht in der Übertragung des Vermögens, die den geraden Gegensatz zu

---

[1]) So Staudinger Bd. 1 S. 337 VIII A; and. A. Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 420ff.

[2]) Über einzelne Fälle vgl. Lessing S. 34ff.

einem Übergang kraft Gesetzes darstellt. Diese Übertragung, eine Verfügung, hat die Auflösung der übertragenden Gesellschaft zur Folge. Hält man damit zusammen, daß auf Grund dieser ersten Vorschriften die Lehre von der Gesamtrechtsnachfolge im Falle der Fusion entwickelt wurde (insbesondere durch Wiener in ZHR. Bd. 27 S. 365ff. und RG. Bd. 9 S. 11ff.), so ist ohne weiteres klar, daß bei Begründung dieser Lehre davon ausgegangen wurde, daß den rechtlichen Grund der Gesamtrechtsnachfolge eine Verfügung bilde. Hätte nun das neue Handelsgesetzbuch diesen Standpunkt verlassen wollen, so wäre dies irgendwie zum Ausdruck gekommen. Dies ist jedoch nicht geschehen, sondern auch nach dem Wortlaut des neuen Gesetzes bestätigt sich der hier vertretene Standpunkt. Auch der § 305 HGB. spricht vom „Übertragen" des Vermögens, und es ist völlig unwahrscheinlich, daß mit diesem Ausdruck nur der Fall des § 305 getroffen werden sollte, wo zweifellos das Restvermögen kraft einzelner Verfügungen übergeht; vielmehr deutet gerade die Parallele darauf hin, daß auch in unserem Fall Grund der Gesamtrechtsnachfolge eine Verfügung ist. Diese Annahme wird bestätigt dadurch, daß diese sämtlichen Arten des Vermögensübergangs in § 303 unter dem Begriff der „Veräußerung"[1]) zusammengefaßt sind. Auch § 304 Abs. 5, wo davon die Rede ist, daß das Vermögen als übergegangen „gilt", spricht nicht gegen unseren Standpunkt, denn wie aus der Denkschrift[2]) hervorgeht, soll durch diese Vorschrift nur festgestellt werden, in welchem Zeitpunkt der Vermögensübergang eintritt, nicht aber soll bestimmt werden, was der Grund dieses Vermögensübergangs ist, oder soll gar nur ein Vermögensübergang fingiert[3]) werden.

Wir können sonach als Resultat dieser Ausführungen feststellen:

Die Gesamtrechtsnachfolge im Falle der Fusion erfolgt kraft einer Verfügung der untergehenden Gesellschaft und nicht

---

[1]) s. auch Denkschr. S. 163.

[2]) Denkschr. S. 166.

[3]) So mit Unrecht Goldmann Anm. 6 zu § 306.

kraft Gesetzes.[1] [2] Diese Verfügung hat insofern allerdings eine eigenartige Stelle in unserem Rechtssystem, als sie, soweit ersichtlich, den einzigen Fall darstellt, daß im Moment, da die Verfügung wirksam wird, der Verfügende selbst wegfällt. Prinzipiell aber ist daran festzuhalten, daß die Fusion zunächst nach den Regeln über Übertragung von Rechten durch Rechtsgeschäft zu beurteilen ist, und erst in zweiter Linie zu untersuchen, ob und inwieweit aushilfsweise eine analoge Anwendung der Regeln über die Beerbung eingreift.

II.

§ 12.

1. Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte.

I. Durch Gesamtrechtsnachfolge geht, wie eben betont, das ganze Vermögen der untergehenden Aktiengesellschaft einschließlich der Schulden auf die andere Gesellschaft über, jedoch mit der Beschränkung, daß das übernommene Vermögen nach § 306 Abs. 4 HGB. bis zur Vereinigung der beiden Vermögensmassen zugunsten der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft noch als Vermögen dieser Gesellschaft gilt. Voraussetzung dieses Übergangs ist, daß die betreffenden Rechte überhaupt übertragbar sind; denn wenn auch keine Übertragung der einzelnen Rechte stattfindet, so sind doch die fraglichen Vorschriften auf unseren Fall entsprechend anzuwenden, da eine Verfügung den Rechtsgrund des Vermögensübergangs bildet. Es ist daher notwendig, die einzelnen Rechtsgruppen und Rechte einer Prüfung zu unterziehen, ob sie überhaupt auf die erwerbende Aktiengesellschaft übergehen, und daran anschließend, welche Wirkungen dieser Übergang für die verschiedenen Rechte hat.

II. Um mit den absoluten Rechten und unter diesen mit den Persönlichkeitsrechten zu beginnen, so kommt von diesen für unsern Fall wohl nur das Firmenrecht in Betracht. Wie

---

[1] Der hier vertretenen Auffassung steht am nächsten Lehmann u. ZHR. Bd. 50 S. 43; zweifelhaft Geißmar bei Holdheim Bd. 14 S. 136.

[2] Eine Parallele für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge kraft Verfügung bietet § 2033 BGB.

schon aus dem Namen „Persönlichkeitsrecht“ hervorgeht, liegt es im Wesen dieser Rechte, die Ausfluß der individuellen Persönlichkeit sind, daß sie im Zweifel mit dieser Persönlichkeit untergehen und auf andere Individuen nicht übergehen. Diesem Prinzip hat denn auch das Gesetz Ausdruck verliehen, indem es in §§ 306, 304 Abs. 5 Schluß bestimmt, daß mit Erledigung der übertragenden Gesellschaft, d. h. mit dem Moment des Vermögensübergangs, die Firma der übertragenden Gesellschaft erlischt. Eine Pflicht zur Anmeldung des Erlöschens besteht nicht, dagegen ist es nach § 31 Abs. 2 HGB. und § 141 FGG. von Amts wegen einzutragen.[1]) Trotz dieses prinzipiellen Standpunkts ist es andrerseits nach § 23 HGB. möglich, eine Firma mit dem Handelsgeschäft, für das sie geführt wird, zu veräußern. Da in unserem Falle eine Veräußerung eines ganzen Geschäfts vorliegt, so ist es auch für zulässig zu erachten, daß die Parteien vereinbaren, daß die Firma der untergehenden Gesellschaft auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergeht.[2]) Auf seiten der übernehmenden Gesellschaft liegt hierin eine Änderung des Gesellschaftsvertrags.

III. Weiterhin gehören hierher die sogen. Immaterialgüterrechte. Von diesen interessieren uns hier lediglich diejenigen, die bei einer Aktiengesellschaft noch am ehesten vorkommen können, insbesondere das Verlagsrecht, Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichenrechte.[3])

1. Was nun zunächst das Verlagsrecht anlangt, so folgt aus § 28 des Ges. v. 19. 6. 1901, daß in unserem Falle des Übergangs eines ganzen Geschäftsvermögens auch ein etwa vorhandenes Verlagsrecht mit übergeht. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn der Autor beim Vertragsabschluß ausdrücklich die Übertragbarkeit ausgeschlossen hat;[4]) dann geht im Falle der Fusion ein zwischen der übertragenden Gesellschaft und

---

[1]) Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 304; and. A. Staub Anm. 13 zu § 306; Makower IVd, 4 zu § 304.

[2]) So die herrschende Meinung, z. B. Staub Anm. 13 zu § 306; Makower IVd, 4 zu § 304; Lehmann-Ring Anm. 4 zu § 304.

[3]) Daß dieses Recht hierher gehört, darüber vgl. Finger S. 27 Anm. 12.

[4]) And. A. Spahn in DJZ. Bd. 6 S. 172ff., insbesondere S. 175 Sp. 1.

einem Autor etwa bestehendes Verlagsvertragsverhältnis unter; die Behandlung etwa entstandener Schadensersatzansprüche richtet sich nach allgemeinen Regeln.

2. Unter den dem Patentgesetz unterstehenden Rechten kommen zunächst in Betracht das Erfinderrecht, der Anspruch auf Erteilung des Patentes und das eigentliche Patentrecht. Daß diese Rechte überhaupt übertragbar sind, wird bezüglich der beiden letzteren ausdrücklich vom Gesetz (§ 6 PatG.), bezüglich des ersteren von der Praxis[1]) anerkannt. Aus dieser Übertragbarkeit folgt auch, daß die Rechte im Falle der Fusion auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Ist ein schon bestehendes Patent übergegangen, so muß die aufnehmende Gesellschaft, um die Rechte aus dem Patent gerichtlich geltend machen zu können,[2]) nach § 19 Abs. 2 PatG. den entsprechenden Vermerk in der Patentrolle veranlassen. Voraussetzung einer derartigen Änderung der Rolle ist, da eine Bewilligung seitens der untergegangenen Gesellschaft nicht mehr möglich ist, ein beglaubigter Handelsregisterauszug.[3]) Bezüglich einer der untergegangenen Gesellschaft erteilten Lizenz hängt es von der Auslegung des Vertrags ab, ob dieselbe auf die aufnehmende Gesellschaft übergeht oder nicht. Doch wird es sich bei Erteilung einer Lizenz an eine Aktiengesellschaft im allgemeinen um eine sogen. Betriebslizenz und nicht um eine persönliche Lizenz handeln. Bezüglich der Betriebslizenz wird man aber in entsprechender Anwendung des § 5 PatG.[4]) im Falle einer Fusion Übergang der Lizenz auf den neuen Erwerber annehmen dürfen.

3. Dieselben Grundsätze, die für das Patentrecht gelten, finden auch Anwendung auf das Recht aus der Eintragung eines Gebrauchsmusters. Auch dieses Recht ist übertragbar (§ 7 des Ges. v. 1. 6. 1891), geht also im Falle einer Fusion auf

---

[1]) RG. in JurW. 1896 S. 192 Nr. 23; Kent Bd. 1 S. 156 Nr. 259.

[2]) RG. in JurW. 1902 S. 97, 98; Seligsohn S. 241 Nr. 11 und die dort Zitierten.

[3]) So die hier entsprechend anzuwendende Entscheidung des Patentamts in Blätter f. Patent-, Muster- u. Zeichenrecht Bd. 8 S. 256.

[4]) Kent Bd. 1 S. 647 Nr. 172.

die übernehmende Gesellschaft über; auch hier ist nachträgliche Änderung der Musterrolle Voraussetzung der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts durch die übernehmende Gesellschaft,[1]) und auch hier ist zur Änderung der Rolle Nachweis der Rechtsänderung „in beweisender Form nötig" (§ 22 der AusfV. v. 11. 7. 1891), also Einreichung eines beglaubigten Handelsregisterauszugs.

4. Was endlich das Warenzeichenrecht anlangt, so kann dies nach § 7 des Ges. v. 12. 5. 1894 nur mit dem Geschäftsbetrieb, zu dem es gehört, auf einen anderen übergehen; dies trifft im Falle der Fusion zu. Auch hier muß die Rechtsänderung nach § 7 Abs. 2 in der Zeichenrolle vermerkt werden, damit der Nachfolger sein Recht geltend machen kann; formelle Voraussetzung dieser Zeichenänderung ist in entsprechender Anwendung des § 7 Abs. 1 letzter Satz der Beweis der Rechtsnachfolge,[2]) der ebenfalls mittels beglaubigten Handelsregisterauszugs geführt wird.

§ 13.

2. Dingliche Rechte.

I. Die wichtigste Gruppe unter den auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehenden Rechten sind die Rechte an Sachen, und zwar sowohl an unbeweglichen als an beweglichen Sachen. Bezüglich der Immobilien ging man früher davon aus, daß zu ihrem Übergang Auflassung nötig sei, und stritt sich nur darüber, wer diese vorzunehmen habe, da man wegen eines Vertreters der aufgelösten Gesellschaft in Verlegenheit war.[3]) Heute sind diese Fragen gegenstandslos, da nach der allgemein herrschenden Ansicht das Wesen der Gesamtrechtsnachfolge eben darin besteht, daß die sämtlichen einzelnen Vermögensbestandteile uno actu von einem Subjekt auf das andere übergehen, ohne daß es eines besonderen Übertragungsaktes für die einzelnen

---

[1]) RG. in JurW. 1908 S. 53 Nr. 32.

[2]) Blätter f. Patent-, Muster- u. Zeichenrecht Bd. 8 S. 256.

[3]) Darüber Küfner S. 51—53.

Rechte bedürfte.[1]) Dies gilt insbesondere auch für Immobilien und Immobiliarrechte.

II. Dagegen ist von erheblicher Bedeutung die Frage, ob bei dieser Art des Vermögensübergangs die übernehmende Gesellschaft einen gutgläubigen Erwerb im Sinne des § 892 BGB. machen kann (§§ 932—935 BGB. kommen nicht in Betracht, da diese Paragraphen ganz bestimmte Übertragungsfälle im Auge haben. Bezüglich beweglicher Sachen ist die übernehmende Gesellschaft somit auf Ersitzung angewiesen, wenn ihre Rechtsvorgängerin nicht Rechtsinhaberin war). In dieser Beziehung ist ohne weiteres zuzugeben, daß in den Materialien zu § 892 BGB., wenn sie überhaupt diese Frage in Erwägung gezogen haben, was aber nirgends zum Ausdruck kommt, zwei Punkte enthalten sind, die es für ausgeschlossen erscheinen lassen, daß auch der Fall der Gesamtrechtsnachfolge kraft Rechtsgeschäfts unter § 892 fallen sollte. Einmal ergibt sich aus der ganzen Fassung der Motive,[2]) daß überhaupt nur an den Fall des Einzelerwerbs gedacht wurde.[3]) Dann folgt aus den Protokollen,[4]) daß an eine Anwendung des jetzigen § 892 auf unseren Fall nicht gedacht war:

Die Protokolle bemerken nämlich zu einem später abgelehnten Antrag, der den Paragraph fassen wollte: „Zugunsten eines Rechtserwerbs, zu dessen Erfordernissen die Eintragung gehört usw.“, daß hiermit eine sachliche Änderung gegenüber dem Entwurf nicht bezweckt sei. Da aber im Fall der Fusion der Erwerb der Grundstücke sich ohne Eintrag vollzieht, so fiele also nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzes dieser Fall nicht unter § 892 BGB. Dieses Resultat kann jedoch für das geltende Recht nicht anerkannt werden. Einmal spricht gegen die letztgenannte Auffassung direkt § 892 Abs. 2. Aber

---

[1]) KG. in KGJ. Bd. 9 S. 129 und OLGR. Bd. 11 S. 35; OLG. Köln bei Holdheim Bd. 9 S. 126; Geißmar bei Holdheim Bd. 12 S. 27—41 und Bd. 14 S. 134ff.

[2]) Oberneck Bd. 1 S. 382, 5a betont dies ausdrücklich; ebenso RG. im „Recht“ 1909 Heft 2 Nr. 269.

[3]) Bd. 3 S. 211 A I, 1a.

[4]) Bd. 3 S. 76.

auch der erstgenannte Gesichtspunkt ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen, dieses will vielmehr Anwendung finden auf alle Fälle des Erwerbs eines Grundstücks oder Grundstücksrechts „durch Rechtsgeschäft", ohne einen Unterschied zwischen Einzelerwerb und Gesamtrechtsnachfolge zu machen. Daß im Falle der Fusion ein Erwerb kraft Rechtsgeschäfts vorliegt, wurde oben § 11 ausgeführt, und es steht somit mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes einer Anwendung des § 892 BGB. auf den Fall der Fusion nichts im Wege, falls nicht andere triftige Gründe dagegen sprechen. Die Anwendung des § 892 auf unseren Fall ist auch von dem Gesichtspunkt aus berechtigt, als es sich ja in § 892 nicht um eine Sondervorschrift handelt, sondern vielmehr im ganzen Gebiet des bürgerlichen Rechts der gute Glaube geschützt wird; die Anwendung auf den Fall der Fusion stellt sich somit als Anwendung eines allgemeingültigen Prinzips dar. Was nun gegen den gutgläubigen Erwerb der aufnehmenden Gesellschaft im Falle der Fusion vorgebracht werden könnte, ist einmal folgende Erwägung:

Ein gutgläubiger Erwerb kann immer dann nicht stattfinden, wenn der Erwerber auch in die passiven Beziehungen des Veräußerers eintritt, da er ja in diesem Fall, gleich seinem Rechtsvorgänger, der Berichtigung des Grundbuchs zuzustimmen hat.[1]) Gemäß §§ 306, 304 Abs. 5 gehen aber im Falle der Fusion auch die Schulden der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über; somit kann sie auch keinen gutgläubigen Erwerb machen. Dieser Einwand ist jedoch nicht zutreffend. Denn wie allgemein anerkannt wird, ist der Berichtigungsanspruch ein Anspruch und nicht eine dingliche Belastung. Ein derartiger Anspruch kann aber doch eine dingliche Rechtsänderung nicht verhindern, sondern kann höchstens neben dem veränderten Recht weiterbestehen, es sei denn, daß angenommen werden müßte, daß derjenige, der in die passiven Beziehungen des Veräußerers eintritt, dem gleichsteht, der die Unrichtigkeit des

---

[1]) So teilweise für andere Fälle KG. in KGJ. Bd. 22 S. 145; Turnau-Förster Bd. 1 S. 248 I, 3; Predari S. 165 Anm. 9; Oberneck in Zeitschr. d. DNotV. 1901 S. 510.

Grundbuchs kennt. Für diese Auffassung bietet jedoch das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Obiger Standpunkt würde also zu folgendem Resultat führen:

Die aufnehmende Gesellschaft erwirbt zwar einwandfreies Recht gemäß § 892, aber daneben besteht gegen sie der Anspruch, der Berichtigung des Grundbuchs zuzustimmen. Aber gerade die wesentliche Voraussetzung des Berichtigungsanspruchs, die Unrichtigkeit des Grundbuchs fehlt, ja in unserem Fall, und damit fällt auch das Weiterbestehen eines Berichtigungsanspruchs. Das mit diesem Anspruch bezweckte Resultat kann nur mehr durch Rückübertragung, Neubestellung oder Löschung erreicht werden.[1]) Daß sich aber der Berichtigungsanspruch infolge der Gesamtrechtsnachfolge in einen derartigen Anspruch auf Rückübertragung, Neubestellung oder Löschung verwandeln würde, ist eine völlig willkürliche Annahme. Es bleibt somit bei dem Resultat, daß aus der Tatsache des Übergangs der Passiva auf die übernehmende Gesellschaft nicht der Schluß gezogen werden darf, daß diese Gesellschaft einen gutgläubigen Erwerb im Sinne des § 892 nicht machen kann.

Nun könnte aber gegen den gutgläubigen Erwerb von Grundstücksrechten durch die übernehmende Gesellschaft noch ein anderer Gesichtspunkt sprechen, der bis jetzt in der Wissenschaft immer nur in anderem Zusammenhang besprochen worden ist. Es wurde nämlich ausgeführt, daß, sofern bei einer Fusion Grundstücke auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergehen, von diesen eine Umsatzsteuer nicht zu entrichten sei, da nicht ein Grundstück, sondern ein Gesamtvermögen auf die Gesellschaft übertragen werde.[2]) Ist dies richtig, so kann natürlich aus demselben Grund auch der gutgläubige Erwerb eines einzelnen Grundstücks nicht eintreten. Dieser ganzen Auffassung liegt

---

[1]) Planck Bd. 3 Anm. II d zu § 892; Staudinger Bd. 3 Anm. II B, 1 c zu § 892.

[2]) Geißmar bei Holdheim Bd. 12 S. 38 u. Bd. 14 S. 134; Abraham bei Holdheim Bd. 14 S. 293; OVG. Berlin in Preuß. VerwBl. Bd. 20 S. 251; and. A. OVG. Karlsruhe, zit. bei Geißmar a. a. O.; v. Schwerin S. 10 III; Hellwig, R. S. 203.

offenbar der Gedanke zugrunde, daß, wie in der Kategorie der Rechtssubjekte die juristische Person eine über der Summe der einzelnen Glieder stehende höhere Einheit darstellt, so auch hier unter den Rechtsobjekten das Vermögen etwas von der Summe der einzelnen Vermögensstücke Verschiedenes sei. Allein aus der alleinigen Tatsache der Möglichkeit einer Übertragung der sämtlichen Vermögensstücke durch einen Rechtsakt diesen Schluß zu ziehen, erscheint als ein durch nichts gerechtfertigter logischer Gedankensprung, der im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte findet. Auch der Ausdruck des Gesetzes „Übernahme des Vermögens als Ganzes" kann nicht für diese Anschauung angezogen werden, da dieser Ausdruck auch für die zweifellos nicht hierher zu zählenden Fälle der §§ 303, 305 gebraucht ist. Auch Geißmar in seiner oben zitierten Abhandlung sieht sich gezwungen, seine zunächst vertretene Anschauung hinterher wieder einzuschränken, indem er ausführt, daß durch die Fusion „direkt" das Vermögen als Ganzes und „indirekt" die einzelnen Bestandteile dieses Vermögens auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. M. E. ist eben das durch die Fusion übertragene Vermögen nichts anderes als die Summe der einzelnen Vermögensstücke. Infolgedessen ist die Wirkung der Übertragung auf die einzelnen Vermögensstücke gesondert zu beurteilen, und es steht nichts im Wege, einen gutgläubigen Erwerb an Grundstücken zuzulassen.[1])

Dieses Resultat erscheint auch wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt, denn es wäre eine Härte, wenn in einem derartigen Fall der Fusion, wo doch meist Grundstücke und Grundstücksrechte eine wesentliche Rolle spielen, die übernehmende Gesellschaft sich nicht auf das Grundbuch verlassen könnte und die Gefahr einer Rückforderung von Grundstücken nur dadurch vermeiden könnte, daß sie den Weg des § 305 BGB. (Liquidation und Einzelübertragung) beschritte. Eine Härte gegen den wahren Berechtigten kann in der hier vertretenen Anschauung schon deshalb nicht erblickt werden, weil dieser ja im Falle

[1]) Ebenso für den insoweit gleichliegenden Fall des § 2033 BGB. Grohmann im Zentralbl. f. freiw. Ger. Bd. 3 S. 824.

einer Einzelveräußerung auf dem Wege des § 305 HGB. auch jederzeit seines Rechtes verlustig gehen könnte. Außerdem aber ist er durch § 306 Abs. 4 auch noch nach durchgeführter Fusion geschützt, da ihm gegenüber das übernommene Grundstück noch als Grundstück der untergegangenen Gesellschaft gilt, er also noch, solange die beiden Vermögensmassen getrennt verwaltet werden, Grundbuchberichtigung verlangen kann.

III. Es gehen also nach den obigen Ausführungen alle Grundstücke und Grundstücksrechte, die auf den Namen der übertragenden Gesellschaft im Grundbuch eingetragen waren und bezüglich deren die übernehmende Gesellschaft in gutem Glauben war, auf diese über. Bezüglich guten oder schlechten Glaubens ist entscheidend das Wissen des Vorstandes. Hat dieser Kollektivvertretung, so verhindert das Wissen auch nur eines Vorstandsmitglieds von dem Mangel des Rechts den gutgläubigen Erwerb der übernehmenden Gesellschaft.[1])

Durch diesen Übergang der Grundstücke und Grundstücksrechte wird das Grundbuch unrichtig; die übernehmende Gesellschaft kann nach §§ 894 ff. BGB. das Grundbuch berichtigen lassen. Die Berichtigung setzt nach § 22 GBO. Nachweis der Unrichtigkeit voraus; dieser Nachweis erfolgt in unserem Fall durch beglaubigten Handelsregisterauszug, dem eventuell, je nach Inhalt der Registereintragung, der Fusionsvertrag und die Generalversammlungsbeschlüsse beizulegen sind.[2]) Die Grundbuchberichtigung kann sofort nach erfolgter Fusion erfolgen, da die in § 306 Abs. 2 u. 5 HGB. vorgeschriebene getrennte Vermögensverwaltung trotz Berichtigung des Grundbuchs möglich ist und eine Verdunkelung der Rechtslage kaum zu befürchten ist. Natürlich kann auch die Berichtigung bis zum Ablauf des Sperrjahres (vergleiche darüber später) unterbleiben. Die Eintragung eines Widerspruchs für diesen Fall ist überflüssig, da der eingetragene Berechtigte untergegangen ist und die Gefahr einer Weiterveräußerung des Grundstücks oder Grundstücksrechts durch diesen somit wegfällt.

---

[1]) RG. bei Gruchot Bd. 29 S. 703.

[2]) KG. in Zeitschr. d. DNotV. 1908 S. 267.

IV. Zu erwägen ist hier, ob nicht die aufnehmende Gesellschaft ein derart erworbenes Grundstücksrecht weiterübertragen oder aufheben kann, ohne zunächst sich eintragen zu lassen, m. a. W. ob die in § 41 Abs. 1 GBO. für den Erben statuierte Ausnahme von dem Satze, daß eine Eintragung nur erfolgt, wenn der, dessen Recht von ihr getroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist, auf den Fall der Fusion entsprechende Anwendung findet.[1]) Für Bejahung dieser Frage können alle die Gründe geltend gemacht werden, die in dem Streit, ob § 41 Abs. 1 auch für die Erbeserben gelte, vorgebracht wurden. In dieser Beziehung wurde ausgeführt[2]):

„Die Vorschrift des § 40 GBO. bezwecke, dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den eingetragenen Berechtigten zu schützen. Die Ausnahme des § 41 sei zugelassen, da die Eintragung des Erben weder zur Vereinfachung der Buchführung noch im Interesse Dritter geboten sei und nur unnötige Kosten verursachen würde.[3]) Diese Gesichtspunkte sprechen auch für die Anwendung des Satzes auf den Erbeserben, denn „nach beiden Richtungen ist in dem hier in Frage stehenden Fall eine vorherige Eintragung des Berechtigten völlig überflüssig. Es ist im Auge zu behalten, daß die Aufnahme hier nur zugelassen wird für solche Verfügungen des Erben, die eine Übertragung oder Aufhebung des eingetragenen Rechts enthalten. Dürfte der Erbe zu solchen Verfügungen nur zugelassen werden, wenn er sich selbst als Berechtigter zuvor hätte eintragen lassen, so müßte er sich zunächst zu diesem letzteren Eintrag durch den Nachweis seines Erbrechts legitimieren. Den Mühen dieser Prüfung müßte also der Grundbuchrichter in demselben Umfang sich unterziehen, als wenn der Erbe nicht erst eingetragen zu werden brauchte. Die Eintragung des Erben gewährt ihm darin weiter keine Erleichterung und gibt auch keine größere Sicherheit für die Legiti-

---

[1]) Predari Anm. 2 zu § 41; dagegen Fuchs-Arnheim Bd. 2 Anm. 3aa zu § 41; Oberneck Bd. 1 S. 238.

[2]) RG. Bd. 53 S. 298; and. A. früher KG. in OLGR. Bd. 3 S. 177, Bd. 5 S. 191.

[3]) Denkschr. zum Entwurf einer Grundbuchordnung S. 50.

mation. Sie hat im Fall einer Übertragung oder Aufhebung des Rechts überhaupt keinen Wert. Der Erbe selbst hat sicher kein Interesse an seiner Eintragung, da er ja das Recht aufgibt; der neue Erwerber ist durch seine Eintragung gesichert und der Grundstückseigentümer im Fall der Aufhebung eines eingetragenen Rechts durch dessen Löschung. Dritte Personen aber interessiert nur der aus dem Grundbuch ersichtliche gegenwärtige Zustand. Die Eintragung des Erben würde also nur unnötige Schreiberei verursachen, den Raum im Grundbuch beengen und den Erben mit unnötigen Kosten belasten" (RG. Bd. 53 S. 303 u. 304). Diese Gründe können wörtlich auch für eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 41 GBO. auf unseren Fall vorgetragen werden. Trotzdem wird diese abzulehnen sein, da hier der vom Kammergericht geltend gemachte Gesichtspunkt durchschlägt, daß Ausnahmen, wie § 41 Abs. 1 eine solche enthält, im Zweifel streng zu interpretieren sind. Der klare Wortlaut des § 41 redet vom Erben, die Geschichte des Paragraphen zeigt, daß die Vorschrift nur der Nachlaßauseinandersetzung dienen sollte. Damit verträgt sich eine Anwendung auf den Fall des Erbeserben, des Erwerbers eines Erbschaftsteiles, vielleicht auch auf die Fälle der §§ 46 u. 88 BGB., aber eine entsprechende Anwendung auf unsern Fall geht über das hinaus, was mit dieser Vorschrift beabsichtigt war und was im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist. Die übernehmende Gesellschaft muß also, wenn sie ein Grundstück oder Grundstücksrecht, das infolge Fusion auf sie übergegangen ist, weiterübertragen bezw. aufheben will, sich zuvor als Berechtigte eintragen lassen.

V. Zu den hier zu behandelnden Rechten, die auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergehen, gehört auch die Vormerkung, d. h. der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch, und es erhebt sich die Frage, ob auch bezüglich dieses ein entsprechender Eintrag im Grundbuch zu erfolgen hat. Daß eine derartige Umschreibung zweckmäßig und zulässig ist, hat Reichel (Umschreibung der Vormerkung, Leipzig 1905)[1]) überzeugend nachgewiesen, und dies wird denn auch in Wissenschaft

[1]) S. 6—18; derselbe im „Recht" 1907 S. 1510 ff.

und Rechtsprechung allgemein anerkannt.[1]) Ob diese Umschreibung in entsprechender Anwendung des § 22 GBO.,[2]) was m. E. das Richtige ist, oder in entsprechender Anwendung des § 26 GBO.[3]) erfolgt, bleibt für unseren Fall gleichgültig, da jedenfalls ein beglaubigter Handelsregisterauszug beigebracht werden muß.

VI. Weiterhin ist zu erwägen, ob zu dem im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehenden Vermögen auch der Besitz gehört, so daß also mit Eintragung des den Rechtsübergang bewirkenden Beschlusses der Besitz an sämtlichen der übertragenden Gesellschaft gehörenden Gegenständen ohne besondere Besitzergreifung auf die übernehmende Aktiengesellschaft überginge. Diese Frage ist zu bejahen; denn es ist davon auszugehen, daß nach der ganzen Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Besitzproblem der Besitz als ein Recht oder, wie die Protokolle[4]) sich ausdrücken, eine „Rechtsposition" aufzufassen ist; insbesondere muß in dem § 857 BGB., der lautet: „der Besitz geht auf den Erben über", der Ausdruck dieses allgemeingültigen Satzes erblickt werden. Daraus folgt, daß wie alle anderen Vermögensrechte auch der Besitz, und zwar mittelbarer und unmittelbarer Besitz, mit allen Konsequenzen dieser Stellung ohne besondere Besitzergreifung auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergehen.[5]) Dieses Resultat ändert sich auch dann nicht, wenn man den Besitz nicht als ein Recht auffaßt, da die Gleichheit der Rechtslage jedenfalls eine analoge Anwendung des § 857 BGB. auf unsern Fall gestattet.

VII. Eine Spezialfrage aus dem Gebiet des Sachenrechts ist endlich noch die, ob der nach § 1155 BGB. geschützte Hypothekengläubiger diesen Schutz auch dann noch genießt, wenn die Reihe der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüsse oder Anerkenntnisse durch eine Fusion

---

[1]) z. B. Staudinger Bem. VII a u. b, Planck Anm. 4 zu § 883; LG. Tilsit im Zentralbl. f. freiw. Ger. Bd. 1 S. 48.

[2]) Strecker in Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 35 S. 284 ff.

[3]) Reichel a. a. O.

[4]) Bd. 5 S. 651.

[5]) Staudinger II, 3 zu § 857; Crome Bd. 3 S. 17 Anm. 33.

unterbrochen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage können die Ausführungen verwertet werden, die in der Wissenschaft bezüglich der Frage gemacht worden sind, ob diese Reihe durch einen Erbfall unterbrochen werde. Die Frage ist m. E. dahin zu entscheiden, daß die Reihe durch die Fusion nicht unterbrochen wird. Entscheidend für diese Ansicht sind m. E. die von Schweitzer[1]) ausgeführten Gründe: Wie aus den Motiven[2]) hervorgeht, sollen durch den § 1155 andere als die dort genannten Arten des Rechtsübergangs den Schutz des gutgläubigen Hypothekenbesitzers nicht verhindern. Die Bedeutung des Paragraphen beschränkt sich vielmehr darauf, daß er für den Übergang durch Abtretung und Anerkenntnis bezüglich der Beweisfrage erleichternde Bestimmungen einführt, indem er statt des Nachweises des Abtretungsvertrags und der Übergabe nur Abtretungserklärung und Innehabung des Briefs, statt des Anerkenntnisvertrags nur die Anerkenntniserklärung verlangt. Diese Auslegung des Paragraphen entspricht nicht nur dem Willen des Gesetzgebers, sondern kommt auch einem dringenden praktischen Bedürfnis entgegen.

VIII. Nießbrauch und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten gehen auf Grund ausdrücklicher Gesetzesvorschriften (§§ 1059, 1061, 1090, 1092 BGB.) nicht auf die übernehmende Gesellschaft über, sondern erlöschen mit ihrem bisherigen Träger.

3. Obligatorische Rechte.

§ 14.

a) Allgemeines.

I. Zu dem einschließlich der Schulden übergehenden Gesamtvermögen der untergehenden Aktiengesellschaft gehören weiterhin deren sämtliche obligatorischen Beziehungen. Auch hier tritt ohne einen besonderen Übertragungsakt seitens der untergehenden Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft in deren

---

[1]) bei Gruchot Bd. 45 S. 558; and. A. Planck III, 2 b γ zu § 1155; KGJ. Bd. 25 S. 153 und KG. in Entsch. in Angel. d. freiw. Ger., zusammengestellt im Reichsjustizamt Bd. 9 S. 207.

[2]) Bd. 3 S. 752.

aktive und passive Beziehungen ein, mögen diese nun selbständig entstanden sein (Forderung aus Anerkenntnis) oder ihren Grund in teilweise erfüllten zweiseitigen Verträgen haben (Kaufpreisforderung) oder endlich auf noch laufenden gegenseitigen Verträgen beruhen[1]) (nicht erfüllter Kaufvertrag, Kreditvertrag, Dienstvertrag). Es gehen sonach zunächst einmal die Forderungen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über, ohne daß es einer Abtretung derselben bedürfte. Da aber der Grund dieses Übergangs gleich der Abtretung eine Verfügung ist, so rechtfertigt sich eine entsprechende Anwendung der §§ 399 ff. BGB., soweit dies mit dem Wesen der Fusion sich vereinigen läßt. Dies um so mehr, als eine entsprechende Anwendung dieser Paragraphen auch eine Stütze in den §§ 412 BGB., 830, 836 ZPO. findet. Darnach finden Anwendung auf unseren Fall des Forderungsübergangs die §§ 401, 404 BGB. Keine Anwendung finden die §§ 402, 403, 407—409, da ja der bisherige Gläubiger nicht mehr besteht. Der in § 406 aufgestellte Rechtssatz folgt schon aus § 306 HGB., da ja Aktiva und Passiva auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Der § 410 BGB. findet in der Weise Anwendung, daß an Stelle der dort erwähnten Urkunde ein Handelsregisterauszug tritt. Denn der Zweck dieser Vorschrift ist,[2]) dem Schuldner den Nachweis zu verschaffen, daß seine Leistung dem alten Gläubiger gegenüber wirksam ist. Dieser Zweck wird auf dem obenerwähnten Wege erreicht. Ergeben sich für den Schuldner Zweifel, so ist er gemäß § 372 BGB. zur Hinterlegung berechtigt.

Selbstverständlich ist, daß auf die Fusion die §§ 399, 400 BGB. Anwendung finden, daß also Forderungen, die nicht abgetreten werden können, auch im Wege der Fusion nicht übergehen können. Diese Regel bedarf jedoch insoweit einer gewissen Einschränkung, als bestimmt ist, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den bisherigen Gläubiger nicht ohne Veränderungen

---

[1]) RG. bei Warneyer 2. Jahrg. S. 107 u. 108; Württemb. Jahrb. Bd. 20 S. 133.

[2]) Prot. Bd. 1 S. 397.

ihres Inhalts erfolgen kann. Diese Regel ist im Falle der Fusion mit Rücksicht darauf, daß auf beiden Seiten Aktiengesellschaften beteiligt sind, mit Vorsicht anzuwenden. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß einzelnen Aktiengesellschaften mit Rücksicht auf Kredit, Geschäftsgebaren usw. eine Art Charakter innewohnt, der sie nach dieser Richtung den Einzelpersönlichkeiten nahebringt, so erschöpft sich doch im allgemeinen das Wesen der Aktiengesellschaft darin, daß sie Subjekt eines bestimmten Vermögens ist; sie zeichnet sich durch eine gewisse Farblosigkeit aus. Dies bringt es mit sich, daß im allgemeinen eine Aktiengesellschaft so gut ist wie die andere. Von diesem Gesichtspunkt aus muß gesagt werden, daß wenn Aktiengesellschaften einander in der Gläubigerrolle ablösen, dieser Wechsel in der Regel nicht die Folge hat, daß die Leistung an den neuen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen könnte.

II. Wie die Forderungen, so gehen auch die Schulden der untergegangenen Gesellschaft kraft deren Verfügung auf die übernehmende Gesellschaft über. In dieser Richtung enthalten die §§ 306, 304 Abs. 5 eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs, denn während dort in der Erwägung, daß sich niemand einen anderen Schuldner aufdrängen zu lassen braucht, für eine Schuldübernahme im allgemeinen Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist (§§ 415 ff. BGB.), gehen im Falle der Fusion die Schulden über, ohne daß es einer Zustimmung der Gläubiger bedarf.[1]) Diese besondere Regelung bringt es mit sich, daß für den Fall der Fusion noch besondere Vorschriften gegeben worden sind, die dem Schutze der Gläubiger dienen. Darüber, insbesondere über die Haftung der verschiedenen Vermögensmassen für die übergegangenen Schulden, ist später zu reden. Hier muß daran festgehalten werden, daß wie die Forderungen so prinzipiell auch die Schulden auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, und zwar in dem Zustand, in dem sie sich vorher befanden, so daß also nichtfällige Verbindlichkeiten nicht durch den Eintritt

[1]) RG. in Warneyer a. a. O. (auch in der Leipziger Zeitschr. Bd. 3 S. 230 Ziff. 6).

der Fusion fällig werden.[1]) Allerdings können die Schulden auch nur so weit übergehen, als sich nicht aus ihrer Natur oder aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Diese Einschränkungen machen es somit notwendig, auch die einzelnen Passivbeziehungen einer Untersuchung zu unterziehen, ob sie auf die übernehmende Gesellschaft übergehen können, und daran im Anschluß, welche sonstigen Wirkungen eine Fusion auf sie ausübt. (Soweit einzelne Rechtsverhältnisse im folgenden nicht erwähnt sind, ist prinzipiell aktiver und passiver Rechtsübergang anzunehmen.)

III. Wie Forderungen und Schulden, so gehen prinzipiell auch die in der Wissenschaft sogen. „Kannrechte" oder „Gestaltungsrechte" über. Diese Rechte mit Rücksicht darauf, daß sie, wie z. B. Wahlrecht, Anfechtungs- und Rücktrittsrecht, im allgemeinen unselbständige Rechte sind, die sich an andere anlehnen, folgerichtig deren Schicksal teilen, in unserem Fall also mit diesen anderen Rechten übergehen. Nicht übergehen würde dagegen mit Rücksicht auf den besonderen Charakter des Rechts das Widerrufsrecht des Schenkers aus § 530 BGB.; doch dürfte ein derartiger Fall bei einer Fusion, wenn er auch denkbar ist, doch äußerst selten vorkommen. Auch das Vorkaufsrecht des § 514 BGB., das, sofern es auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, im Zweifel vererblich, aber nicht übertragbar ist, geht im Fall einer Fusion nicht auf die übernehmende Gesellschaft über, wenn auch der in den Materialien[2]) angeführte Grund, daß in der Fristbestimmung der Wille der Parteien zum Ausdruck komme, daß die Ausübung des Vorkaufsrechts erst mit dem Ablauf der Frist ausgeschlossen sein soll, für einen Übergang auch im Falle der Fusion sprechen würde.

IV. Hier ist noch kurz die Frage zu behandeln, ob man jeder Fusion an sich eine Einwirkung auf die Fälle zugestehen kann, in denen auch im geltenden Recht die clausula rebus sic stantibus nachwirkt. Es sind dies die Fälle der §§ 321, 610 BGB. und, wie von der Praxis anerkannt wird,[3]) der Fall des

---

[1]) RG. Bd. 9 S. 14.
[2]) Prot. Bd. 2 S. 110.
[3]) RG. Bd. 60 S. 56.

Rücktritts des Versicherungsnehmers vom Versicherungsvertrag wegen eintretender Unsicherheit des Versicherers. In allen diesen Fällen können die betreffenden Rechtsfolgen auf Grund der alleinigen Tatsache der Fusion ohne Hinzutreten weiterer besonderer Umstände nicht geltend gemacht werden. Denn die Fusion hat in der Regel für die Gläubiger der aufzunehmenden Gesellschaft eine Verbesserung ihrer Situation zur Folge, da ihnen, wie später auszuführen ist, neben dem Vermögen der übernommenen Gesellschaft, das in erster Linie ihnen haftet, auch noch das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft verhaftet ist. Daß für die Gläubiger der Übernehmerin eine Verschlechterung ihrer Lage eintrete, ist wohl kaum je wahrscheinlich. Bei der Versicherung[1]) speziell kommt außerdem noch in Betracht, daß die Versicherungsnehmer auch noch durch die nach § 14 des Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. 5. 1901 erforderliche Genehmigung der Fusion durch das Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung geschützt sind.

§ 15.

b) Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Unter den einzelnen Schuldverhältnissen, die nun im folgenden gesondert daraufhin zu untersuchen sind, inwieweit sie durch die Fusion beeinflußt werden, steht in erster Linie der Dienstvertrag. Die Frage ist die: Gehen die zwischen der untergehenden Gesellschaft und ihren Angestellten bestehenden Dienstverträge ohne weiteres auf die übernehmende Gesellschaft über, und wenn ja, müssen sich die Angestellten der untergehenden Gesellschaft dies gefallen lassen?[2]) Der § 613 BGB., der auch für Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung enthalten (§ 675 BGB.), und für Handlungsgehilfen gilt, bestimmt,

[1]) Ebenso RG. bei Warneyer a. a. O.; OLG. Dresden im Sächs. Arch. f. Rechtspflege Bd. 1 S. 184 ff.; Gumbel in der Leipziger Zeitschr. Bd. 3 S. 133; Ehrenberg in der Zeitschr. f. d. ges. Versicherungswissenschaft Bd. 4 S. 42 II; Emminghaus in der Leipziger Zeitschr. Bd. 2 S. 29 Ziff. 7.

[2]) Darüber Württemb. Jahrb. Bd. 4 S. 288. Die Entscheidung ist auch für das geltende Recht noch von Wert.

daß der Anspruch auf Leistung der Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Diese Fassung zeigt, daß es sich hier um einen recht zweifelhaften Fall handelt, bei dessen Entscheidung die Interessen der beiden Parteien vorsichtig gegeneinander abzuwägen sind. Bestätigt wird diese Auffassung durch die Geschichte der Vorschrift: Während der 1. Entw. sich einer Regelung der Frage enthielt, da die Unübertragbarkeit zwar für viele Fälle passe, andererseits aber für viele Fälle nicht zutreffend erscheine und der Richter freie Hand behalten müsse, die besonderen Umstände des einzelnen Falls der Würdigung zu unterziehen,[1]) fügte die 2. Kommission die jetzige Vorschrift ein. Als Grund dafür wurde angegeben,[2]) daß es mit Rücksicht auf die „durch das Dienstverhältnis geschaffenen persönlichen Beziehungen“ und die durch Eintritt eines anderen Gläubigers bewirkte Veränderung des Dienstverhältnisses richtig erscheine, den Anspruch auf die Dienste für regelmäßig nicht übertragbar zu erklären. Es handelt sich also darum, in erster Linie die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles in Betracht zu ziehen. Hierbei können namentlich in Betracht kommen, ob infolge der Fusion ein Wechsel in den leitenden Persönlichkeiten eintritt, und namentlich auch die Frage, ob der übernommene Betrieb etwa an derselben Stelle weitergeführt oder eingestellt wird. Dann aber sind für die Entscheidung auch allgemeine für alle Fusionen zutreffende Gesichtspunkte heranzuziehen: Einmal der oben betonte, daß in der Regel eine Aktiengesellschaft sich von einer anderen kaum nennenswert unterscheidet und daß ihr gerade das abgeht, was die Einzelpersönlichkeit auszeichnet, nämlich ein bestimmter Charakter. Damit entfällt aber der Hauptgrund für Einführung der Vorschrift der Unübertragbarkeit, das persönliche Band. Weiter ist zu beachten, daß der Angestellte gegen Veränderungen innerhalb der Aktiengesellschaft, wenn nur deren Persönlichkeit fortbesteht, lediglich nichts machen kann. Es können Vorgesetzte und Mitangestellte, Vorstand und Aufsichtsrat wechseln, ohne daß der Angestellte be-

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 457.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 279.

rechtigt wäre, vom Dienstvertrag zurückzutreten. Und auch darauf darf noch hingewiesen werden, daß gerade heutzutage die Tendenz dahin geht, den Dienstvertrag zum Arbeitsvertrag zu gestalten, durch den die Ware Arbeit gegen Entgelt verkauft wird, und dadurch das persönliche Band völlig auszuschalten.

Alle diese Punkte sprechen dafür, für den Fall der Fusion prinzipiell, vorbehaltlich besonderer Umstände, die Übertragbarkeit und damit den Übergang der bestehenden Dienstverhältnisse zuzulassen. Dieses Resultat erscheint auch berechtigt, wenn man die Interessen abwägt, die in vorliegendem Fall gegen einander streiten. Auf der einen Seite hat der Dienstverpflichtete ein gewisses Interesse daran, daß sein Dienstherr derselbe bleibt,[1] aber gerade in unserem Fall ist, wie schon betont, dieses Interesse auf ein Minimum beschränkt. Auf der anderen Seite steht das Interesse der Gesellschaft, die, wenn man das Dienstverhältnis für unübertragbar erklärt, in die Gefahr kommt, gerade in dem Moment, in dem eine erhebliche Vergrößerung des Betriebs eintritt, die zur Aufrechterhaltung dieses Betriebs erforderlichen Arbeitskräfte zu verlieren, und die dann außerdem den Ansprüchen der Angestellten der übernommenen Gesellschaft aus § 615 BGB. ausgesetzt wäre. Auf welcher Seite hier das größere Interesse steht, ist ohne weiteres klar.

Geht man aber davon aus, daß die Rechte aus den bestehenden Dienstverträgen auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergehen, so kann man aus denselben Gründen im Fall einer Fusion auch kein sofortiges Kündigungsrecht (§ 626 BGB.) weder des einen noch des anderen Teils anerkennen, schon um das obige Resultat nicht wieder illusorisch zu machen.[2] Beide Teile sind vielmehr auf das vertragsmäßige bezw. gesetzliche Kündigungsrecht zu verweisen.

Anhang: Geht man davon aus, daß die übernehmende Gesellschaft in die zur Zeit der Fusion bestehenden Dienstverhältnisse eintritt, so bleiben folgerichtig auch die den Angestellten erteilten Vollmachten, insbesondere Prokura und Handlungsvoll-

---

[1]) Diese Seite betont besonders Rümelin S. 260.

[2]) Württemb. Jahrb. Bd. 4 S. 293.

macht bestehen, da deren Erlöschen sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis richtet (§ 168 BGB.). Doch ist die übernehmende Gesellschaft jederzeit zum Widerruf berechtigt (§ 168 Satz 2 BGB.; § 52 HGB.).

II. Erschien beim Dienstvertrag die Nachfolge seitens der übernehmenden Gesellschaft in die aktiven Beziehungen der aufgelösten Gesellschaft zweifelhaft, so erscheint bei einigen anderen Schuldverhältnissen die Nachfolge in die passiven Beziehungen der aufgelösten Gesellschaft nicht absolut selbstverständlich. In dieser Richtung kommen in Betracht: Auftrag (§ 664 BGB.), Verwahrer und Lagerhalter (§ 691 BGB.), Kommissionär (RG. Bd. 63 S. 304; Staub Anm. 4 zu § 384). Allein auch für diese Fälle ist nur im Zweifel die Unübertragbarkeit der Passivbeziehungen bestimmt, und dieselben Gründe, die oben beim Dienstvertrag maßgebend waren, sprechen auch hier dafür, vorbehaltlich besonderer Umstände, die Übertragung auf die übernehmende Gesellschaft für zulässig zu erklären. Außerdem kommt bei diesen Rechtsverhältnissen in Betracht, daß sie sämtlich jederzeit widerruflich sind (§§ 671, 695 BGB.; § 405 Abs. 3 HGB.) und daß, wenn der Berechtigte das Rechtsverhältnis nach Bekanntwerden der Fusion nicht sofort widerruft, hierin auch noch eine Genehmigung des erfolgten Übergangs des Rechtsverhältnisses auf die übernehmende Gesellschaft erblickt werden muß.

III. Ähnlich wie beim Dienstvertrag liegt die Sache bezüglich des Übergangs des Mieterrechts. Aus § 549 BGB. folgt, daß das Recht des Mieters nur mit Erlaubnis des Vermieters übertragen werden kann.[1]) Diese Erlaubnis kann auch schon bei Abschluß des Vertrags und stillschweigend erteilt werden. Eine derartige stillschweigende Erlaubnis darf für unseren Fall angenommen werden, und zwar aus zwei Gründen: Einmal folgt dies aus dem oben ausgeführten besonderen Wesen der Aktiengesellschaft: Wer an eine Aktiengesellschaft vermietet, muß von Anfang an damit rechnen, daß die Personen, welche die ge-

[1]) Planck Anm. 7; Staudinger Xa zu § 559; Paech im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 9—13.

mieteten Räume benützen, wechseln können, ohne daß der Vermieter darauf einen Einfluß hätte, da ja die Mieterin immer dieselbe ist. Und weiter kommt noch die Erwägung in Betracht, daß wer Räumlichkeiten für einen bestimmten Geschäftsbetrieb vermietet, damit im Zweifel anerkennt, daß mit dem Geschäft auch das Mietverhältnis auf einen etwaigen Übernehmer des Geschäfts übertragen werden kann.[1])

Es muß also davon ausgegangen werden, daß, abgesehen von bestimmten besonderen Umständen, die Rechte aus Mietverträgen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Dies scheint auch durchaus berechtigt, da gerade in unserem Fall die Sache ja oft so liegen wird, daß die Personen, welche die gemieteten Räumlichkeiten benützen, dieselben bleiben und nur der Träger des Mieterrechts wechselt.

Hatte die übertragende Gesellschaft Räumlichkeiten vermietet, so findet der § 571 BGB. Anwendung. Die Haftung des § 571 Abs. 2 BGB. wird für unseren Fall ersetzt durch die mit der Fusion verbundenen besonders geartete Haftung.

IV Weiterhin ist zu erörtern die Frage, inwieweit Rechte aus Gesellschaftsbeteiligung auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Diese Frage hängt ab von der Erledigung der Vorfrage, an welchen Gesellschaften überhaupt eine Aktiengesellschaft sich beteiligen kann.

1. Ob eine Aktiengesellschaft Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein kann, ist äußerst bestritten.[2]) Geht man davon aus, daß es zulässig ist, daß eine Aktiengesellschaft sich an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, so gestaltet sich das Verhältnis im Falle der Fusion derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft folgendermaßen:

Nach § 717 BGB., der auch hier Anwendung findet, sind die Gesellschaftsrechte unübertragbar. Da aber durch die Fusion die Übertragung derartiger Rechte beabsichtigt ist, so gilt im

---

[1]) Oertmann Anm. 10 zu § 549; and. A. KG. in OLGR. Bd. 5 S. 369.

[2]) vgl. Staub Anm. 22 zu § 105; insbesondere Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschafter und deren Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft, Tübinger Diss. 1905.

Zweifel dasjenige als übertragen, was übertragbar ist, und dies ist nach § 717 BGB. Schluß „dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", und als Akzessorium das Recht auf Rechnungslegung.[1]) Die Übertragung dieser Rechte wird denn auch sofort dadurch praktisch, daß in der Übertragung des Auseinandersetzungsguthabens und dem damit verbundenen Untergang der übertragenen Gesellschaft durch Verfügung ein freiwilliger Austritt, eine Kündigung der Gesellschaft zu erblicken ist, die gemäß § 131 Ziff. 6 HGB. die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge hat. Da die Kündigung jedoch zwecks Wirksamkeit der Gesellschaft zugehen muß, so erscheint die übernehmende Gesellschaft als allgemeine Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft berechtigt, den in dem Fusionsabschluß erklärten Kündigungswillen der untergegangenen Aktiengesellschaft der offenen Handelsgesellschaft durch Mitteilung der Fusion zu übermitteln. Die Wirksamkeit und Folge dieser Kündigung richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, event. nach dem § 132 HGB. Ist vereinbart, daß nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus irgendeinem Grund die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortdauern soll (§ 138 HGB.), so hat gemäß § 738 BGB. die übernehmende Gesellschaft ebenfalls den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.

In gleicher Weise wie bei der offenen Handelsgesellschaft gestaltet sich die Situation im Falle der Teilnahme der untergegangenen Aktiengesellschaft an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 717, 736, 738 BGB.), als Komplementar oder Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft (§ 161 HGB.) und als Komplementar oder stiller Gesellschafter an einer stillen Gesellschaft (§ 717 BGB., § 339 HGB.).

2. Daß die Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H. auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, folgt aus § 15 d. Ges. betr. Gesellschaften m. b. H. Um das übergegangene Recht der Gesellschaft m. b. H. gegenüber geltend machen zu können, muß

---

[1]) Marcus im „Recht" 1903 S. 425; and. A. RG. Bd. 52 S. 36 und die herrschende Meinung.

die übernehmende Gesellschaft dasselbe unter Nachweis der Fusion anmelden (§ 16 des Ges.). Die in § 16 Abs. 3 ausdrücklich bestimmte Haftung für rückständige Leistungen der aufgelösten Gesellschaft folgt für unseren Fall schon aus der zum Wesen der Fusion gehörigen Haftung für die Schulden der übernommenen Gesellschaft.

3. Die untergehende Aktiengesellschaft kann auch Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft sein. Daß dies zulässig ist, folgt aus §§ 9 u. 43 des Ges. über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.[1]) Da auch in diesem Fall anzunehmen ist, daß die untergehende Gesellschaft durch die Fusion ihr Vermögen, soweit zulässig, übertragen wollte, so geht gemäß § 76 ihr Geschäftsguthaben auf die übernehmende Aktiengesellschaft über, sofern diese zur Zeit des Inkrafttretens der Fusion ebenfalls Mitglied der Genossenschaft ist und ihr bisheriges Guthaben samt dem zuzuschreibenden Betrag den Geschäftsanteil nicht übersteigt; nach § 76 Abs. 2 ist Handelsregisterauszug über die erfolgte Fusion beim Gericht einzureichen. Ist die übernehmende Gesellschaft nicht Mitglied der Genossenschaft oder übersteigt die Summe der Guthaben den Geschäftsanteil, so wirkt, wie oben ausgeführt, die Fusion als Kündigung seitens der ihr Vermögen übertragenden Gesellschaft. Durch die Kündigung erlangt die untergehende Gesellschaft ein Recht auf Auseinandersetzung (§ 73) und damit eine künftige Forderung. Diese künftige Forderung ist durch die Fusion auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen.[2]) Mitgliedschaftsrechte kann die übernehmende Gesellschaft nach keiner Richtung geltend machen.

4. Eine besondere Stellung nehmen die Mitgliedschaftsrechte an einer anderen Aktiengesellschaft ein, da diese an ein Papier, die Aktie, geknüpft sind. Wie das ganze Vermögen der untergehenden Gesellschaft, gehen auch diese Rechte ohne besonderen Übertragungsakt auf die übernehmende Gesellschaft über. Inhaberaktien brauchen nicht übergeben, Namensaktien nicht indossiert zu werden; doch muß der Übergang letzterer unter Nachweis

---

[1]) RG. in JurW. 1905 S. 406.

[2]) Daß dies möglich ist, betont RG. Bd. 55 S. 334.

der Fusion bei der Gesellschaft angemeldet und im Aktienbuch vermerkt werden (§ 223 HGB.). Ist die Übertragbarkeit der Aktien an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden (§§ 212, 222 Abs. 2 HGB.), so ist im Falle der Fusion, falls die Genehmigung nicht erteilt wird, das Aktienrecht verwirkt, ohne daß der übernehmenden Gesellschaft etwa durch eine Bereicherungsklage zu helfen wäre.

Eine analoge Anwendung der für den Fall des Todes eines Gesellschafters bei allen den besprochenen Gesellschaftsverhältnissen gegebenen besonderen Vorschriften erscheint nicht gerechtfertigt, denn bei der ganzen Regelung dieser Verhältnisse wird davon ausgegangen, daß der Wille eines Gesellschafters der Gesellschaft keinen neuen Teilhaber aufdrängen, d. h. eine Rechtsnachfolge in die Gesellschaftsrechte veranlassen kann. Da nun aber infolge des notwendigerweise einmal eintretenden Todes eines Gesellschafters unter allen Umständen eine Rechtsnachfolge, nämlich seitens dessen Erben eintritt, so sind für diesen Fall von den verschiedenen Gesetzen besondere Vorschriften getroffen. Es wäre aber nicht richtig, diese Vorschriften, die für einen Fall getroffen sind, der vom Willen des Gesellschafters unabhängig ist, entsprechend anzuwenden auf eine Rechtslage, die durch einen Willensakt des betreffenden Gesellschafters herbeigeführt worden ist. Dagegen erscheint die oben gegebene Auslegung des Fusionsgeschäfts als eine Erklärung, nicht mehr an der Gesellschaft teilnehmen zu wollen, als eine Kündigung, ungezwungen und auch in den Resultaten durchaus befriedigend.

V. Das obenerwähnte Aktienrecht führt uns hinüber zu den Papierrechten, insbesondere den Inhaber- und Orderpapieren. Auch sie unterliegen der allgemeinen Regel, daß sie ohne besonderen Übertragungsakt übergehen. Insbesondere also gehen Orderpapiere, von denen in erster Linie Wechsel und die in § 363 HGB. genannten Papiere in Betracht kommen, ohne Indossament auf die übernehmende Gesellschaft über. Diese hat bezüglich dieser Papiere die Stellung eines Zessionars.[1]) Ob sie

[1]) Staub-Stranz Anm. 10 zu Art. 9, Anm. 14 zu Art. 36 WO.

die übernommenen Wechsel mit wechselrechtlicher Wirkung weiterindossieren kann, ist zweifelhaft, aber wohl zu verneinen.[1])

VI. In diesem Zusammenhang muß noch eine Frage behandelt werden, die sich eigentlich nicht direkt an die vorhergehenden Fälle anschließt. Der Eintritt in die laufenden gegenseitigen Verträge der übernommenen Gesellschaft bringt es für die übernehmende Gesellschaft mit sich, daß sie auch in bestehende Kreditverträge eintritt. Die Frage ist nun die, ob in einem derartigen Fall die von dem Kreditnehmer bestellten Sicherheiten nur in Höhe der zur Zeit der Fusion bestehenden Forderungen der Kreditgeberin auch der übernehmenden Gesellschaft haften, oder ob sie auch haften für die neuen Forderungen, welche die übernehmende Gesellschaft durch Fortsetzung des Kreditverhältnisses direkt gegen den Kreditnehmer erwirbt. Als derartige Sicherheiten kommen insbesondere die Höchstbetragshypothek und Bürgschaft in Betracht. Die Frage ist m. E. dahin zu beantworten, daß die Sicherheiten auch für die neuentstehenden Forderungen der übernehmenden Gesellschaft bis zur Höhe des festgesetzten Betrags haften.[2]) Für diese Entscheidung sprechen folgende Erwägungen: Einmal ist es ja tatsächlich dasselbe Kreditverhältnis, das hier einfach fortgesetzt wird, und nicht ein von dem Schuldner neu eingegangenes. Dann kommt in Betracht, daß die übernehmende Gesellschaft durch die Fusion verpflichtet wird, dem Schuldner innerhalb des Rahmens des Kreditvertrags noch weiter Kredit zu gewähren, und es wäre daher eine durchaus unbillige Bevorzugung des Schuldners, wenn nun die übernehmende Gesellschaft diesen Kredit auf einmal ohne Sicherheit leisten müßte. Damit im Zusammenhange steht die Erwähnung, daß es dem Schuldner

---

[1]) Grünhut Bd. 2 S. 108; RG. Bd. 43 S. 44; Rehbein Bem. 2 zu §§ 9—17; and. A. Staub-Stranz Anm. 9c zu Art. 9 WO.

[2]) Ebenso bezüglich Höchstbetragshypothek Entsch. d. bayer. Ob.LG. Bd. 6 S. 105 ff., insbesondere S. 114; and. A. Staudinger Bd. 3 Bem. 4d zu § 1190 (S. 798); Erlanger bei Holdheim Bd. 14 S. 11; unentschieden KGJ. Bd. 29 S. 145 ff., insbesondere S. 148; bezüglich Bürgschaft Staub Anm. 14 zu § 306.

in der Regel gleichgültig ist, von wem er den Kredit bekommt, und er daher die Sicherheit nicht gerade diesem Gläubiger bestellen wollte, während er dies einem andern gegenüber nicht getan hätte, sondern daß er demjenigen, der ihm den Kredit gewährt, Sicherheit bestellen wollte.

Immerhin erscheint bei der Zweifelhaftigkeit des Falles die Ansicht des Kammergerichts[1]) berechtigt, daß zur Klärung der Sachlage bei einer Höchstbetragshypothek ein Eintrag ins Grundbuch zulässig sein muß.

III.

§ 16.

Die Gläubigerschutzvorschriften, insbesondere die Schuldenhaftung.

I. Die im Falle der Fusion eintretende Gesamtrechtsnachfolge hat, wie schon oben betont, die Folge, daß die Schulden der untergehenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, ohne daß es, wie sonst vorgeschrieben (§§ 414ff. BGB.), einer Zustimmung der Gläubiger der untergehenden Gesellschaft bedürfte. Diese Regelung könnte die Gefahr mit sich bringen, daß den Gläubigern an Stelle eines zahlungsfähigen Schuldners ein solcher, der ihnen mindere Sicherheit gewährt, aufgedrängt wird; allerdings wird diese theoretische Erwägung durch die Tatsache widerlegt, daß regelmäßig die übernehmende Gesellschaft die kapitalkräftige, die untergehende Gesellschaft die finanziell schwächere ist. Jedenfalls aber hat sie dazu geführt, daß das Gesetz in Abs. 2—6 des § 306 HGB., wie auch schon im alten Handelsgesetzbuch (Art. 247), eine Reihe von Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft eingeführt hat.

II. Darnach ist in erster Linie das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die Übernehmerin getrennt zu verwalten. Es sind darnach nicht nur die beiden Vermögensmassen räumlich getrennt zu halten, sondern es ist auch über das übernommene

[1]) a. a. O.

Vermögen getrennt Buch zu führen und eine besondere Bilanz dafür aufzustellen.

III. Die getrennte Vermögensverwaltung kann von der übernehmenden Aktiengesellschaft beliebig lange fortgesetzt werden.[1]) Die Vereinigung beider Vermögen, die natürlich nicht in einer Rechtsübertragung, sondern in einer rein mechanischen Vermischung besteht, darf jedoch nach § 306 Abs. 5 nicht früher erfolgen, als bis eine Reihe besonderer Schutzmaßregeln erledigt sind: Zunächst sind die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft unter Hinweis auf die Fusion dreimal in den Gesellschaftsblättern aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden (§ 297 HGB.). Die sich meldenden Gläubiger, desgleichen die bekannten, sind zu befriedigen; für einen bekannten Gläubiger, der sich nicht meldet, ist der geschuldete Betrag zu hinterlegen, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist (§ 301 Abs. 3 HGB.). Dies trifft dann zu, wenn dieser Gläubiger im Verzug der Annahme ist, oder wenn zwar bekannt ist, daß eine Schuld besteht, aber nicht, wer der Gläubiger ist, und dem Schuldner in dieser Richtung keine Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 372 BGB.). Die Ansicht,[2]) daß in diesem Fall ein Wahlrecht der übernehmenden Gesellschaft zwischen Leistung und Hinterlegung bestehe, ist abzulehnen, da ja in diesen Fällen Leistung gar nicht möglich ist. Gläubigern, deren Forderungen zurzeit nicht berichtigt werden können oder streitig sind, ist Sicherheit zu leisten (§ 301 Abs. 3 HGB.). Die Übertragung dieser Vorschriften, die zunächst für den Fall gegeben waren, daß nach beendeter Liquidation das aktive Restvermögen unter die Aktionäre verteilt werden soll, auf unseren Fall, gehen insofern zu weit, als im Falle der Verteilung des Restvermögens den Gläubigern der liquidierenden Gesellschaft keine Haftungsobjekte mehr zur Verfügung stünden, während ihnen in unserem Fall, wie sofort auszuführen sein wird, auch noch das ganze Vermögen der übernehmenden Gesellschaft haftet. Von dieser Erwägung aus erscheint es berechtigt, diese Vor-

---

[1]) And. A. allein Staub 7. Aufl. Anm. 17 zu § 306.

[2]) Makower Ie zu § 301.

schriften möglichst einschränkend auszulegen. So ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß beim Eintritt der übernehmenden Gesellschaft in laufende zweiseitige Verträge, die in einzelnen Zeitabschnitten erfüllt werden, eine Sicherheit nur verlangt werden kann für die zur Zeit der Fusion bereits verfallenen Beträge, da infolge der Fusion bezüglich der künftig verfallenden Raten die übernehmende Gesellschaft Schuldnerin geworden ist; so kann z. B. auf Grund eines auf zehn Jahre geschlossenen Mietvertrags, der zur Zeit der Fusion zwei Jahre läuft, nicht für den Mietzins der restlichen acht Jahre Sicherheit verlangt werden. Eine Sicherheit ist weiterhin dann nicht zu leisten, wenn ein Gläubiger sich ausdrücklich oder durch konkludente Handlung mit dem Eintritt der übernehmenden Gesellschaft in die Passivstellung der aufgelösten Gesellschaft einverstanden erklärt hat. Endlich erscheint es berechtigt, in einem besonders gearteten Fall den Ausdruck „Sicherheitsleistung" etwas weit zu fassen: es handelt sich um die Fusion zweier Versicherungsaktiengesellschaften.[1]) Will man in diesem Falle der übernehmenden Gesellschaft die Verpflichtung auferlegen, den sämtlichen Versicherungsnehmern der untergegangenen Gesellschaft Sicherheit zu leisten, so ergibt sich eine fast unerschwingliche Belastung der übernehmenden Gesellschaft,[2]) der sie nur durch anhaltende getrennte Vermögensverwaltung entgehen kann. Da nun das Gesetz an einen derartigen Fall augenscheinlich nicht gedacht hat, und da doch die Fusion, soweit es sich mit den Interessen der Gläubiger verträgt, erleichtert werden soll,[3]) so erscheint es zulässig, anzunehmen, daß auf Grund einer Spezialvorschrift den Gläubigern die erforderliche Sicherheit dadurch geleistet ist, daß der Fusion die nach § 14 des Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen erforderliche Genehmigung seitens des Kaiserlichen Aufsichtsamts erteilt wird;[4]) denn diese Genehmigung muß ja versagt werden,

[1]) vgl. darüber die Zitate S. 47 Anm. 1.

[2]) Ehrenberg a. a. O. S. 40 u. 41.

[3]) And. A. Gumbel a. a. O. S. 132.

[4]) Emminghaus a. a. O. S. 28 Ziff. 6 u. S. 30ff.; and. A. Gumbel a. a. O. und die dort zitierte Entsch. d. OLG. Düsseldorf; Ehrenberg a. a. O. S. 41.

wenn bei der Fusion die Interessen der Versicherungsnehmer nicht hinreichend gewahrt sind (§ 7 Ziff. 2 des zit. Ges.).

Sind alle diese Maßregeln (Bezahlung, Hinterlegung, Sicherheitsleistung) getroffen, und ist außerdem seit der letzten Aufforderung der Gläubiger in den Gesellschaftsblättern ein Jahr verstrichen (§ 301 HGB.), so kann die Vereinigung der beiden Vermögensmassen erfolgen. Erfolgt die Vereinigung entgegen dieser Vorschrift früher, so haben die Gläubiger kein Mittel, nochmalige Trennung herbeizuführen; es bleibt ihnen lediglich der sofort zu besprechende Regreß an den Vorstand und Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft, event. an diese Gesellschaft selbst.

IV. Zur Sicherung dieser Vorschriften ist, soweit eine widerrechtliche Vereinigung der beiden Vermögensmassen stattgefunden hat, durch § 306 Abs. 4 eine direkte Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats der übernehmenden Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft eingeführt, eine Bestimmung, die in den §§ 241 u. 249 HGB. eine Parallele findet. Der Aufsichtsrat haftet jedoch weniger streng als der Vorstand, indem ihm fahrlässiges Nichtwissen der erfolgten Vereinigung nicht zur Last fällt. Neben diesen Organen haftet natürlich die übernehmende Gesellschaft selbst, soweit sie für die Handlungen ihrer Organe verantwortlich ist.[1]) In entsprechender Anwendung des § 241 Abs. 4 Satz 2 ist anzunehmen, daß die Haftung der Gesellschaftsorgane auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Vermögensvereinigung auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses erfolgt ist.[2]) Eine Übertragung der Verjährungsvorschriften des § 241 Abs. 5 HGB. auf unsern Fall ist mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften abzulehnen.[3]) Im Konkurse über das übernommene Vermögen kann die beschriebene Haftung vom Konkursverwalter geltend gemacht werden.[4])

V. Bis zur Vereinigung der beiden Vermögensmassen gilt nach § 306 Abs. 4 HGB. im Verhältnis der Gläubiger der aufge-

---

[1]) Makower IIIc, 5 zu § 306.

[2]) Makower a. a. O.; Lehmann-Ring Nr. 12 zu § 306.

[3]) Lehmann-Ring a. a. O.; and. A. Makower a. a. O.

[4]) Staub Anm. 21 zu § 306.

lösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. Diese Bestimmung will die Frage regeln, in welcher Weise die übernehmende Gesellschaft für die auf sie übergegangenen Schulden haftet. Diese Regelung ist eine von den sonstigen ähnlichen Fällen durchaus verschiedene; während sonst im allgemeinen beim Übergang ganzer Vermögen (§ 419 BGB., Erbfall) der Übernehmer zwar auch für die Schulden seines Rechtsvorgängers haftet, aber diese Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränken kann, haftet in unserem Fall die übernehmende Gesellschaft unbeschränkt und unbeschränkbar für die Schulden ihrer Rechtsvorgängerin. Umgekehrt haftet in den sonstigen Fällen das übernommene Vermögen ohne weiteres für die Schulden des neuen Inhabers, während dies in unserem Fall durch die eben zitierte Vorschrift ausgeschlossen ist. Daß diese Vorschrift gegenüber den Gläubigern der Übernehmerin nicht durchaus berechtigt ist, wird noch zu besprechen sein.

Eine der unsrigen entsprechende Vorschrift fehlte im alten Handelsgesetzbuch, doch hatte die Wissenschaft, insbesondere Wiener,[1]) aus der Tatsache der getrennten Vermögensverwaltung auch eine besondere Haftung des übernommenen Vermögens gegenüber den alten Gläubigern gefolgert und war im großen ganzen zu denselben Resultaten gelangt, zu denen wir auf Grund der jetzigen Vorschriften gelangen müssen. Nach diesen Ausführungen sollten den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft beide Vermögensmassen, den vor der Fusion vorhandenen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft nur deren Vermögen und ein etwaiger Überschuß des übernommenen Vermögens, den nach der Fusion entstandenen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft wiederum beide Vermögensmassen haften. Zu ähnlichen, wenn auch nicht ganz denselben Resultaten, kommen wir auf Grund des jetzt geltenden Rechts.

---

[1]) S. 374—379; ebenso Ring Bem. 4 zu § 247; Küfner §§ 21, 23—25; and. A. Lehmann in ZHR. Bd. 50 S. 21.

Nach dem geltenden Recht bildet das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft während der getrennten Verwaltung ein Sondervermögen, dessen Inhaber zwar auch die übernehmende Gesellschaft ist, das aber zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft im Verhältnis zu der übernehmenden Gesellschaft und deren Gläubigern noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt. Es gelten also z. B. Forderungen der aufgelösten Gesellschaft an die übernehmende Gesellschaft, die an sich durch Konfusion untergegangen wären, zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft noch als bestehend, während umgekehrt die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft mit ansehen müssen, daß Forderungen ihrer Schuldnerin an die aufgelöste Gesellschaft durch Konfusion untergehen. Ein Überschuß, der sich bei der Verwaltung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft ergibt, kann nicht verteilt werden, denn das Vermögen gilt noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, während die in Betracht kommenden Aktionäre der übernehmenden, also einer andern Gesellschaft sind. Dort nehmen sie natürlich an dem Gewinne der Gesellschaft teil. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft können in das übernommene Vermögen als in ein ihnen gegenüber fremdes Vermögen nicht vollstrecken. Daß diese Vorschriften die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft in nicht durchaus zu billigender Weise bevorzugen, ist klar. Eine Ungerechtigkeit gegenüber den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft, die erst die Neuregelung der Frage gebracht hat, liegt auch darin, daß nicht nur diejenigen sich eine derartige Zurücksetzung gefallen lassen müssen, die zur Zeit der Fusion Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft waren, sondern auch die, welche nach der Fusion Forderungen gegen die übernehmende Gesellschaft erworben haben, während es sehr wohl möglich ist, daß diese Forderungen gerade im Geschäftskreis des übernommenen Vermögens ihren Ursprung hatten. Andererseits liegt in der jetzigen Regelung für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ein gewisser Nachteil darin, daß nach dem Gesetz nur das „übernommene“ Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, so daß also diejenigen Rechte den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft verloren

sind, welche infolge der Fusion untergegangen sind. Dieser Effekt hätte durch eine andere Fassung der betreffenden Vorschrift leicht vermieden werden können.

Wenn hiernach davon auszugehen ist, daß während der getrennten Vermögensverwaltung die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft in das übernommene Vermögen nicht vollstrecken können, so folgt daraus, daß wenn dies dennoch geschieht, die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. durchschlägt. Dieser Paragraph setzt voraus, daß einem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, und zu diesen Rechten gehören nicht nur dingliche Rechte, sondern jedes Recht, das bewirkt, „daß der Gegenstand vermöge dieses Rechts aus dem freien, der Verfügung des Schuldners und dem Zugriff der Gläubiger unterliegenden Vermögen des Schuldners ausscheidet“;[1]) dies trifft auch in unserem Falle zu. Berechtigt zur Anstrengung der Widerspruchsklage ist nicht nur jeder einzelne Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft,[2]) sondern auch der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft; denn als Dritter im Sinne des § 771 ZPO. muß auch der Vollstreckungsschuldner selbst angesehen werden, wenn er in seiner Person die rechtliche Vertretung zweier verschiedener Vermögenskreise vereinigt, von denen der eine für die Verbindlichkeiten des anderen nicht haftet.[3]) Man wird sogar eine Pflicht des Vorstands zur Klage annehmen können, die aus der allgemeinen Verpflichtung zur gesonderten Vermögensverwaltung entspringt. Haben die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft etwas erlangt, so können die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft dies nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen, da ja zu ihren Gunsten die Sache so angesehen wird, als hätten die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft von einer fremden, ihnen nichts schuldenden Gesellschaft etwas erhalten.

---

[1]) Gaupp-Stein Bd. 2 Anm. II, 1 zu § 771.
[2]) Makower III c, 3; Pinner IV, 2 c zu § 306.
[3]) RG. in JurW. 1907 S. 522.

IV.

§ 17.

Konkurs.[1]) Prozessuale Wirkung der Fusion.

I. Es ist noch die Frage zu erörtern, welche Komplikationen sich beim Zusammentreffen von Fusion und Konkurs ergeben können. Daß eine Fusion nicht mehr möglich ist, wenn schon vorher eine der Gesellschaften im Konkurs ist, braucht keiner näheren Ausführung: eine im Konkurs befindliche Aktiengesellschaft kann eine andere nicht in sich aufnehmen, da sie selbst nicht mehr besteht (§ 292 Ziff. 3 HGB.), und ebensowenig kann sie ihr gesamtes Vermögen übertragen, da den Aktionären die Verfügungsmacht über dasselbe durch die Konkurseröffnung entzogen ist, ganz abgesehen davon, daß eine Aktiengesellschaft sich wohl hüten wird, eine andere im Konkurs befindliche Aktiengesellschaft durch Fusion in sich aufzunehmen.

Sind die beiden Vermögen vereinigt, so geht der Konkurs seinen gewöhnlichen Gang. Dagegen sind noch die Fälle zu erörtern, daß während der getrennten Vermögensverwaltung bei der einen oder andern Vermögensmasse sich eine Überschuldung herausstellt, die den Konkurs notwendig macht.

1. Daß es zulässig ist, über das übernommene Vermögen allein Konkurs zu eröffnen, folgt aus § 306 Abs. 4 HGB. und wird auch allgemein anerkannt.[2]) Gemeinschuldnerin ist in diesem Fall die übernehmende Gesellschaft, doch wird der Fall so behandelt, als wäre die aufgelöste Gesellschaft Gemeinschuldnerin. Demnach sind antragsberechtigt nur die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft. Diese haben aber nach § 68 KO. das Recht, neben Anmeldung ihrer Forderung im Konkurs der übernommenen Gesellschaft auch aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft Befriedigung in voller Höhe des ihnen

---

[1]) vgl. darüber besonders Bett, Konkurs der Aktiengesellschaften; Goldstein, Staatsannalen 1901 S. 721 ff.

[2]) Denkschr. S. 168; Bett S. 12; Goldstein S. 726 Ziff. 6; Staub Anm. 19; Makower III c, 3; Lehmann-Ring Nr. 10 zu § 306; Jaeger, KO. Anm. 2 zu § 207.

geschuldeten Betrags zu suchen.[1]) Da das übernommene Vermögen im Konkurs noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, so tritt auch die Folge des § 292 Ziff. 3 HGB., die Auflösung der übernehmenden Gesellschaft nicht ein, trotzdem sie rechtlich Gemeinschuldnerin ist.

2. Auch die Übernehmerin kann bezüglich ihres Vermögens in Konkurs kommen. Ob dessen Voraussetzungen gegeben sind, ist unter Berücksichtigung auch des übernommenen Vermögens zu beurteilen. Antragsberechtigt sind die Gläubiger der übernehmenden wie auch der aufgelösten Gesellschaft. Kommt die Übernehmerin in Konkurs, so äußert sich die Vorschrift des § 306 Abs. 4 in der Weise, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft verlangen können, daß das übernommene Vermögen als nicht zur Konkursmasse gehörig behandelt wird, d. h. es kann bezüglich dieses Vermögens ein Aussonderungsrecht[2]) (§ 43 KO.) geltend gemacht werden. Berechtigt dazu ist jeder einzelne Gläubiger, es muß aber auch, wie oben bei § 771 ZPO., ein Recht, ja eine Pflicht des Vorstands der übernehmenden Gesellschaft zur Geltendmachung dieses Aussonderungsrechts anerkannt werden.[3]) Weiterhin äußert sich der Konkurs der Übernehmerin in seiner Wirkung auf das übernommene Vermögen darin, daß bezüglich dieses infolge Wegfalls seines Subjekts Liquidation eintritt. Liquidatoren sind, da das Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, die alten Vorstandsmitglieder dieser Gesellschaft. Das bei der Liquidation sich ergebende Restvermögen fällt in die Konkursmasse. Zeigt sich bezüglich des übernommenen Vermögens eine Überschuldung, so ist auch über dieses Konkurs zu eröffnen. Die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft können gegenüber beiden Massen ihre Forderungen im vollen Betrag geltend machen (§ 68 KO.); eine analoge Anwendung des § 212 KO.[4]) erscheint mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift unzulässig.

---

[1]) Bett S. 81; Goldstein S. 741/42.

[2]) Bett S. 81; Staub Anm. 19; Makower III c, 3; Lehmann-Ring Nr. 10 zu § 306; and. A. Goldstein S. 742.

[3]) Bett S. 82; Lehmann-Ring Nr. 10; Goldmann Nr. 10.

[4]) So Makower und Lehmann-Ring a. a. O.

II. Bis zur Vereinigung beider Vermögensmassen bleibt der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bestehen (§ 306 Abs. 3 HGB.). Die Gläubiger der alten Gesellschaft haben also ihre Klagen gegen die übernehmende Gesellschaft zu richten, können dies aber sowohl bei deren Gerichtsstand als auch am Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft tun.[1]) In entsprechender Anwendung der in Abs. 4 statuierten Beschränkung, wonach nur zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft das übernommene Vermögen noch als Vermögen dieser Gesellschaft gilt, wird man dagegen anzunehmen haben, daß die übernehmende Gesellschaft im Gerichtsstand der übernommenen Gesellschaft nicht klagen kann.[2])

III. Rechtshängige Prozesse werden nach der Ansicht des Reichsgerichts[3]) und mancher Schriftsteller[4]) durch eine Fusion unterbrochen und sind zu behandeln wie durch einen Todesfall unterbrochene Prozesse (§§ 239 ff. ZPO.).[5])

Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Die Fälle der Unterbrechung setzen alle ein Ereignis voraus, das unabhängig vom Willen der Parteien eintritt, und das bewirkt, daß eine Partei dem Gegner eine Zeitlang unverteidigt gegenübersteht, eventuell auch, wie beim Todesfall, eine Zeitlang ungewiß ist, wer der künftige Prozeßgegner sein wird. Gerade diese Gründe, die eine Unterbrechung berechtigt erscheinen lassen, liegen aber in unserem Fall nicht vor. Es tritt im Falle der Fusion einfach ein Rechtssubjekt an die Stelle eines anderen, und es liegt daher, soweit die aufgelöste Gesellschaft Klägerin war, eine Streitveräußerung im Sinne des § 265 ZPO. vor.[6])

Dies hat zur Folge, daß die übernehmende Gesellschaft mit Zustimmung des Gegners in den schwebenden Prozeß eintreten

---

[1]) Staub Anm. 18; Lehmann-Ring Nr. 9; Goldmann Nr. 9; and. A. Makower III c, 2 zu § 306.

[2]) Lehmann-Ring Nr. 6.

[3]) RG. Bd. 56 S. 331.

[4]) Staub Anm. 13 zu § 306; Hellwig, R. S. 149 Anm. 2; Gaupp-Stein I zu § 239; Petersen Bem. 5 zu § 265.

[5]) Gaupp-Stein Vorbem. zu § 239 Ib.

[6]) Lehmann in ZHR. Bd. 50 S. 43.

kann. M. E. muß jedoch noch ein Schritt weitergegangen werden, und es muß ein Eintreten der übernehmenden Gesellschaft auch ohne Zustimmung des Gegners zugelassen werden. Denn die Zustimmung des Gegners wird nur deshalb für erforderlich erklärt, damit nicht durch die Veräußerung der Prozeß zu dessen Nachteil verändert wird,[1]) und diese Gefahr besteht in unserem Falle nicht. Außerdem kommt in Betracht, daß in unserem Falle mit niemand anderem mehr prozessiert werden kann als mit der übernehmenden Gesellschaft, da die frühere Klägerin untergegangen ist. Unterstützt wird diese Ansicht durch § 266 ZPO., wo in einem Fall, in dem der Gegner kein Interesse mehr an der Fortsetzung des Prozesses mit dem bisherigen Prozeßgegner hat, der Eintritt des Rechtsnachfolgers ohne Zustimmung des Gegners zugelassen ist.

Wurde um eine Schuld der aufgelösten Gesellschaft gestritten, so kann der Kläger auf Grund des § 306 Abs. 4 HGB. ruhig weiter prozessieren. Das Urteil, das er gegen die alte Gesellschaft erstreitet, erlangt Rechtskraft auch gegen die neue. Will der Kläger ein Urteil direkt gegen die Übernehmerin erwirken, so bedarf es der Zurücknahme der alten Klage und eines neuen Prozesses.

IV. Auf Grund eines gegen die aufgelöste Gesellschaft erstrittenen Urteils kann gegen die neue Gesellschaft unter Anwendung der §§ 727, 730 ZPO. vollstreckt werden.

---

[1]) Begr. z. Entw. einer ZPO. von 1872 S. 240.

Schluß.

§ 18.

Die Fusion ist, wie wir gesehen haben, ein durchaus eigenartiges Rechtsgeschäft: Der Übergang eines gesamten Vermögens uno actu auf Grund einer Verfügung des bisherigen Vermögensinhabers, der dadurch gleichzeitig seine Existenz aufgibt. Die Anwendung der allgemeinen Rechtsregeln auf diesen einzigartigen Fall führt zu den mannigfachsten Schwierigkeiten und läßt eine Menge Streitfragen auftauchen. Es ist daher, bevor nicht das Gesetz genauere Vorschriften über die Wirkungen dieses Geschäfts gibt, den fusionierenden Gesellschaften dringend zu raten, die Wirkung der Fusion möglichst eingehend im Fusionsvertrag zu regeln. Die Rechtsprechung aber wird wohl noch häufig Gelegenheit haben, sich mit diesen Fragen zu beschäftigen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.